

# ORIGINI E ASPETTI COSTITUZIONALI DEL DIRITTO AL CONSENSO INFORMATO E ANALISI PARTICOLARE SU SOGGETTO MINORENNE

## INDICE

<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>3</b>
<b>1. ART 32 COMMA 2 SEDE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO AL CONSENSO INFORMATO.....</b>	<b>6</b>
1.1 IL CONSENSO INFORMATO.....	7
1.1.1 <i>TABELLA PRESUPPOSTI DEL CONSENSO INFORMATO.....</i>	<i>12</i>
1.1.2 <i>FAC-SIMILE DEL MODULO DEL CONSENSO INFORMATO GENERALE .....</i>	<i>13</i>
1.1.3 <i>DIAGRAMMA DI FLUSSO DEL CONSENSO INFORMATO .....</i>	<i>16</i>
1.2 ASPETTI LEGATI ALLA CAPACITA' NATURALE DEL MINORE: ASCOLTO E CONSIDERAZIONE DELL'OPINIONE DEL MINORE .....	17
1.3 CONSENSO INFORMATO, PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE.....	18
1.3.1 <i>ALCUNI CASI PRATICI DI CONTRASTO TRA VOLONTA' DEL MINORE E/O GENITORE E LA PROPOSTA DI TRATTAMENTO TERAPEUTICO DEL MEDICO .....</i>	<i>20</i>
<b>2. LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI CONSENSO INFORMATO .....</b>	<b>26</b>
2.1 SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N.438 DEL 2008 IN TEMA DI TUTELA DELLA SALUTE.....	26
2.2 COMMENTI ALLA DECISIONE.....	34
2.3 CONTESTO CULTURALE E SOCIALE IN CUI NASCE LA DISPOSIZIONE IMPUGNATA NELLA SENTENZA.....	36
2.4 CORTE COSTITUZIONALE E CONSENSO INFORMATO TRA DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE ....	41
2.5 ALCUNE COORDINATE GIURISPRUDENZIALI. RELAZIONE STATO- REGIONE DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE .....	57
2.6 RAGIONAMENTO DEI GIUDICI ORDINARI SULLA FISIONOMIA DEL CONSENSO INFORMATO .....	59
<b>3. ALTRE PROBLEMATICHE RELATIVE A TRATTAMENTI SANITARI SU MINORI.....</b>	<b>63</b>
3.1 EUTANASIA E CONSENSO INFORMATO GENERALE E NEL CASO PARTICOLARE DEL SOGGETTO MINORENNE.....	63
3.1.1 <i>LA LEGGE DEL BELGIO CHE APPROVA L'EUTANASIA AI MINORI .....</i>	<i>67</i>

3.2 CONSENSO INFORMATO ALLE TRASFUSIONI DI SANGUE E IL PARTICOLARE CASO DEL DISSENSO DA PARTE DEI TESTIMONI DI GEOVA	71
3.2.1 <i>DISSENSO ALLE TRASFUSIONI</i>	73
3.2.2 <i>LA GIURISPRUDENZA ORDINARIA</i>	76
3.2.3 <i>CASI GIURISPRUDENZIALI RIGUARDANTI PAZIENTI MINORENNI CON GENITORI TESTIMONI DI GEOVA</i>	79
3.3 IL CONSENSO INFORMATO NEI TRAPIANTI	81
3.3.1 <i>DICHIARAZIONE DI VOLONTA' IN ORDINE ALLA DONAZIONE</i>	82
3.3.2 <i>CONSENSO NEL TRAPIANTO DA VIVENTE</i>	84
3.3.3 <i>DONAZIONE SAMARITANA</i>	85
3.3.4 <i>I SOGGETTI MINORENNI POSSONO ESSERE DONATORI?</i>	87
3.4 LA QUESTIONE DELLE VACCINAZIONI OBBLIGATORIE DELLE PERSONE MINORI DI ETÀ	90
3.4. VACCINAZIONI OBBLIGATORIE: QUADRO LEGISLATIVO, SANZIONI E GIUDIZI RILEVANTI	90
3.4.1 <i>SENTENZA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BARI CHE APRE LA STRADA AL SUPERAMENTO DELL'OBBLIGO VACCINALE</i>	99
3.5 RU486 ALLE MINORENNI, SOLO CON IL SÌ DEI GENITORI	100
3.5.1 <i>PROFILO DELLA CAPACITÀ DELLA MINORE IN RELAZIONE ALL'INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA E ANALISI DELLA VOLONTÀ</i>	104
<b>CONCLUSIONI</b>	<b>111</b>
<b>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI</b>	<b>114</b>
VOLUMI CONSULTATI	114
SITI CONSULTATI	117
LEGGI E SENTENZE	118

## INTRODUZIONE

Tale elaborato pone come argomento principale l'analisi dell'istituto del Consenso informato in generale e nel caso particolare del soggetto minorenne.

Nel primo capitolo parlerò delle origini di tale istituto, dell'art 32 comma 2 in quanto sede Costituzionale del diritto al consenso informato e dei principi che ne stanno alla base, come quello dell'“alleanza terapeutica” vista oggi come la forma ottimale di cura in ambito sanitario e quello di autodeterminazione.

L'analisi di tali principi verrà svolta anche nel caso in cui ad essere interessato al trattamento sanitario sia proprio un soggetto minorenne, la cui volontà oggi, nell'ambito sanitario acquista sempre più rilievo e vedremo taluni casi pratici di contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori esercenti la potestà genitoriale, nell'applicazione di proposte terapeutiche da parte del medico.

Nel secondo capitolo tratterò quella che è la Giurisprudenza in riferimento al consenso informato, analizzerò nel dettaglio la sent 438 del 2008 avente ad oggetto la legittimità di norme regionali che prescrivono specifiche modalità di acquisizione del consenso in caso di trattamenti farmacologici su minori ritenuti particolarmente rischiosi, la quale ha riconosciuto al consenso informato inteso quale “espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico” la natura di vero e proprio “diritto della persona che trova fondamento, nell'art 2 e negli articoli 13 e 32 della Costituzione”.

Siamo nell'ambito di un giudizio sulla competenza legislativa contesa tra Stato e Regioni e il risultato è l'attribuzione al consenso informato della qualità di principio fondamentale

della materia “tutela della salute” ai sensi dell’art 117 della Cost.

Verranno poi riportati i motivi che hanno portato alla decisione e i vari commenti alla decisione stessa.

Nel terzo ed ultimo capitolo approfondirò l’argomento facendo riferimento ad altre problematiche relative ai trattamenti sanitari su minori.

In particolare mi concentrerò: sull’eutanasia guardando prima ai suoi aspetti generali per poi parlare della legge del Belgio, che ha accettato di praticare l’eutanasia anche su pazienti minorenni.

Esamineremo poi altre problematiche in riferimento alle trasfusioni di sangue, in particolare mi soffermerò sulla possibilità di esprimere un proprio dissenso alle stesse e sul caso dei Testimoni di Geova che rifiutano le trasfusioni di sangue per motivi religiosi.

Approfondiremo il caso in cui ad essere interessato alla trasfusione sia un soggetto minorenne con genitori Testimoni di Geova.

Successivamente svilupperò l’argomento del consenso informato in riferimento alla materia dei trapianti, guardando alla possibilità di esprimere un proprio consenso in ordine allo stesso, per poi concentrarmi ancora una volta sui soggetti minorenni, rispondendo alla domanda se i minori possono o meno essere donatori.

Un’ulteriore questione che svilupperò sarà quella relativa alle vaccinazioni obbligatorie da sempre oggetto di estremo interesse soprattutto in riferimento alla possibilità di un possibile superamento di tale obbligo.

Infine esaminerò l’argomento dell’interruzione volontaria della gravidanza da parte di una paziente di minore età.

Parlerò della pillola Ru486 che comporta un'interruzione farmacologica della gravidanza, la quale, come vedremo, potrà essere utilizzata dalle minori solo con il consenso dei genitori.

Analizzerò nel dettaglio l'art 12 della legge 194 del 1978, legge sull'interruzione della gravidanza, per approfondire il profilo della capacità della minore in ordine a tale questione.

Il consenso informato è un istituto strettamente connesso a ciascuno dei trattamenti esposti in quanto serve a dare rilievo alla volontà del paziente a ricevere il trattamento in questione e rende legittima la condotta posta in essere dal medico per far sì che non vada incontro a conseguenze penali.

Nel caso del minore sono molte le problematiche connesse al consenso informato in quanto, subentra la necessità di richiedere il consenso dei genitori ma anche di valutare la capacità di discernimento del minore.

## 1. ART 32 COMMA 2 SEDE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO AL CONSENSO INFORMATO

Nel nostro ordinamento giuridico è oggi principio pacifico che, nessun trattamento sanitario può essere compiuto o proseguito senza il previo ed esplicito consenso manifestato dal soggetto interessato.

Il diritto del malato a decidere in piena coscienza e libertà; se farsi curare (libertà negativa), come (libertà positiva) e da chi, discende dall'art 32 della nostra Costituzione secondo il quale: "Nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario, se non per disposizione di legge".

Come possiamo notare, tale disposizione, garantisce queste due libertà, ma ci fa anche capire che non sono libertà assolute, indicandoci i loro limiti, limiti che vengono imposti dalla legge.

Si fa riferimento all'ipotesi dei trattamenti sanitari obbligatori.

In tal senso dobbiamo dire che esistono delle condizioni nelle quali si prescinde dal consenso del paziente, esse sono:

1. **"Stato di necessità"**(art. 54 C.P.) secondo il quale:  
"non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo di un danno grave alla persona..." (non possibilità, bensì imminenza di danno alla persona; non agire in queste condizioni può addirittura configurare il reato di omissione (art. 593 del C.P.).
2. Condizioni previste dagli artt.34 e 35 della Legge 833/78 sui **Trattamenti Sanitari Obbligatori**.

I TSO sono trattamenti che comprimono la libertà negativa dell'individuo, in quanto impongono un determinato trattamento sanitario.

Tali trattamenti possono essere giustificati dall'esistenza di un interesse collettivo, per il quale l'esercizio della libertà di non sottoporsi ai trattamenti sanitari non può ledere il diritto altrui di essere salvaguardato nella propria salute.

Viene poi recuperata la prevalenza dell'interesse individuale del soggetto interessato, dallo stesso art 32 secondo il quale: "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

Possiamo quindi dire che dall'art 32 comma 2 deriva il principio che, in assenza di una legge che eccezionalmente li imponga, di norma i trattamenti sanitari sono volontari.

Tale disposizione è inoltre vista, come la sede costituzionale del diritto al consenso informato, che non è un diritto a pretendere il consenso, come potrebbe sembrare dalla locuzione utilizzata, quanto un diritto ad essere informati.<sup>1</sup>

### ***1.1 IL CONSENSO INFORMATO***

In Italia il consenso informato è un'autorizzazione data dal paziente a ricevere un qualunque trattamento sanitario, che sia medico o infermieristico, previa la necessaria informazione sul caso da parte del medico proponente.

Quello di essere informati è un diritto/dovere dell'individuo, serve a fare in modo che l'eventuale consenso o dissenso possa formarsi nella consapevolezza delle finalità, delle modalità esecutive, delle controindicazioni del trattamento sanitario.

---

<sup>1</sup> R. Balduzzi, G. Carpani "Manuale di diritto sanitario", il Mulino, Bologna, 2013, p.37 ss.

L'espressione consenso informato è frutto della traduzione della locuzione inglese "informed consensus", che per molti versi, ne ha condizionato la concezione, esso infatti, è emerso come istituto giuridico nell'ambito delle controversie c.d. medical malpractice, in cui la negligenza medica è rappresentata proprio dalla mancata o inidonea informazione del paziente, funzionale all'acquisizione di un consenso consapevole, circa le possibili conseguenze negative del trattamento sanitario e laddove la dimostrabilità del consenso, viene vista come un'esimente a favore del medico, che si vede citato in giudizio, da parte del paziente danneggiato da un esito negativo eventualmente verificatosi, del trattamento annoverabile tra quelli prognosticabili ex ante, oggetto della doverosa attività informativa.

In questo caso abbiamo una concezione del consenso informato più come strumento di difesa del medico che come strumento di protezione del diritto alla salute del paziente.

Ad oggi possiamo dire che sono molti i problemi legati al consenso informato: oltre a quelli che trattano della determinazione di quelle che sono le adeguate modalità dell'informazione al paziente e l'acquisizione del suo consenso, ce ne sono molti altri, si pensi ai casi di applicazione di trattamenti particolarmente rischiosi oppure a quei trattamenti in cui i soggetti interessati sono soggetti deboli, dove per deboli si intende; i soggetti in stato di dichiarata incapacità d'agire tra cui gli interdetti, gli inabilitati, persone sottoposte ad amministrazione di sostegno, i soggetti minorenni e coloro che nel momento in cui si trovano a dover prestare il consenso sono temporaneamente in stato di incapacità naturale.



Tali sono i casi particolari di applicazione del consenso informato, vorrei porre l'attenzione proprio sul caso del soggetto minorenni, riportando talune regole dal codice civile. Il minore può esprimere il proprio consenso ai trattamenti sanitari?

Secondo il codice civile, la tutela/ potestà sui figli è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori(art 316, 2 comma, CC) o da un solo genitore se l'altro genitore è morto o decaduto o sospeso dalla potestà.

Nei casi di comuni trattamenti medici, visite, medicazioni, è sufficiente il consenso di uno solo dei genitori in applicazione del principio generale secondo il quale gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore (art 320 CC).

In questi casi il consenso comune è considerato implicito.

Il consenso comune è invece sempre necessario nel caso di genitori separati o divorziati o non conviventi, in base al principio che, le decisioni di maggior interesse per i figli, tra cui quelle riguardanti la salute, sono assunte di comune accordo (art 155 comma 3 e 317 comma 2 CC).

L'art 317 comma 1 CC, disciplina invece il caso in cui uno dei due genitori per lontananza dovuta a un impedimento, alla lontananza, o incapacità naturale o dichiarata con pronuncia di interdizione giudiziale, non possa prestare consenso per l'atto sanitario.

In tal caso è sufficiente l'acquisizione del consenso del solo genitore presente e capace e la possibilità di prescindere dal consenso dell'altro genitore viene valutata in base all'urgenza dell'atto sanitario e ai tempi che apparirebbero necessari per farlo comparire.

Il problema in tal caso sta proprio nel provare che veramente il genitore sia lontano, impedito o incapace e ove tale prova manchi sta all'altro genitore, o ai parenti o al pubblico ministero per i minorenni fare ricorso per richiedere un provvedimento del Tribunale dei minorenni che vada a sostituire il consenso mancante dell'altro genitore.

Per velocizzare tale fase si prevede che il genitore presente compili e sottoscriva sotto la sua responsabilità, un'autocertificazione che attesti proprio la condizione di mancanza dell'altro genitore, da conservare con il modulo.

Cosa succede invece in caso di disaccordo di entrambi i genitori all'atto sanitario?

In tal caso si fa riferimento alla legge 8 febbraio 2006 n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) Modifiche al codice civile, che ha sostituito l'art 155 CC (provvedimento riguardo ai figli), anche in caso di separazione dei genitori, la potestà genitoriale è esercitata da entrambi, in caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.

Il medico non può quindi procedere all'erogazione dell'atto sanitario a meno che non ricorra lo stato di necessità.

Nel caso in cui i genitori si oppongano all'atto sanitario, il medico qualora lo ritenga indispensabile per il minorenne, deve procedere a segnalazione della Procura della Repubblica per i minorenni perché presenti ricorso al Tribunale dei minorenni per un provvedimento che vada a limitare la potestà dei genitori limitatamente allo specifico atto sanitario richiesto e vada ad autorizzarlo a prescindere dal loro consenso.

Vi è anche un ulteriore caso da tenere in considerazione, come quello del minore in affidamento e quindi non convivente

con i genitori, o che si trovi in una comunità o in un istituto penale.

In tali casi sarà l'affidatario o rispettivamente i responsabili della comunità o dell'istituto ad esercitare i poteri che sono propri della potestà parentale per quanto riguarda gli ordinari rapporti con le autorità sanitarie, nei quali rientrano i comuni trattamenti sanitari, in tal caso, il medico potrà procedere all'atto sanitario con il loro consenso, è però necessario acquisire la dichiarazione dell'affidatario sulla sua qualità.

Nelle altre tipologie di atti sanitari, è necessario il consenso di entrambi i genitori o del tutore, oppure segnalare il caso alla Procura della Repubblica per i minorenni, perché presenti ricorso al Tribunale per i minorenni per un provvedimento.

Nel caso di minore che vive in strada, dove non vi è possibilità di reperire i genitori o di un minore straniero non accompagnato, non c'è una tutela: anche in tal caso bisogna procedere a segnalare alla Procura della Repubblica per i minorenni perché presenti ricorso al Tribunale per i minorenni per ottenere un provvedimento urgente autorizzativo.

Per quanto riguarda il minore che ha un tutore, per gli atti sanitari che escono dal comune trattamento medico è necessario il consenso informato esplicito del tutore.

Per un comune trattamento medico si acquisisce il consenso informato del tutore all'atto sanitario quando il tutore è anche affidatario.

### 1.1.1 TABELLA PRESUPPOSTI DEL CONSENSO INFORMATO

<p>deve essere espresso da <a href="#">individuo capace di intendere e di volere</a></p> <p>un consenso senza un'<a href="#">adeguata, completa e reale informazione</a> non è considerato valido</p>	
<p>deve essere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">personale</a></li> <li>• <a href="#">esplicito</a></li> <li>• <a href="#">specifico</a></li> <li>• <a href="#">consapevole</a></li> <li>• <a href="#">libero</a></li> <li>• <a href="#">preventivo</a></li> <li>• <a href="#">attuale</a></li> </ul>	<p>l'informazione deve essere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">veritiera</a></li> <li>• <a href="#">completa</a></li> <li>• <a href="#">compresa</a></li> </ul>
<p><a href="#">può essere sempre revocato</a></p>	
<p><a href="#">non è valido se diretto a richiedere o ad assecondare la elisione di beni indispensabili quali la vita o l' integrità fisica</a></p>	
<p>incombe su tutti i medici in base alla loro specifica attività</p>	
<p><a href="#">si può prescindere in caso di necessità</a> (urgenza inderogabile ai fini della vita)</p>	
<p>il consenso informato anche se presunto non è mai implicito</p>	
<p>la legge prevede l'acquisizione scritta solo per le trasfusioni di sangue o emoderivati, nei trapianti, nella sperimentazione, negli accertamenti da Hiv, nei trattamenti radianti.</p> <p>tuttavia <a href="#">l'acquisizione scritta può valere come prova dell'avvenuto consenso.</a></p>	

### **1.1.2 FAC-SIMILE DEL MODULO DEL CONSENSO INFORMATO GENERALE**

La necessaria sussistenza delle varie condizioni previste per l'applicazione di un determinato trattamento terapeutico comporta la compilazione di uno specifico modulo, per accertarne l'esistenza: modulo del consenso informato, di cui riporto la struttura di un fac-simile.

Struttura Sanitaria \_\_\_\_\_

Dott. \_\_\_\_\_

#### **DICHIARAZIONE DI RICEVUTA INFORMAZIONE E CONSENSO A PRESTAZIONE SANITARIA PER SE' O QUALE TUTORE O LEGALE RAPPRESENTANTE**

Dati dell'assistito:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Con la presente scrittura vengono riportati i principali dati relativi allo stato di salute accertato a seguito della visita medica effettuata e si riportano in sintesi le principali informazioni fornite verbalmente atte ad acquisire o meno il consenso all'esecuzione degli accertamenti diagnostici e/o trattamenti terapeutici ritenuti necessari e, comunque, anch'essi già verbalmente illustrati.

☐ Situazione obiettiva riscontrata nella visita:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

☐ Descrizione dell'intervento medico ritenuto necessario e dei rischi derivanti dalla mancata effettuazione della prestazione:

---

---

☐ Eventuali alternative diagnostiche e/o terapeutiche:

---

---

☐ Tecniche e/o materiali impiegati:

---

---

☐ Benefici derivanti:

---

---

☐ Rischi derivanti:

---

---

☐ Eventuali complicanze o esiti:

---

---

☐ Comportamenti che il paziente deve seguire per evitare complicazioni successive all'atto medico:

---

---

☐ Altre informazioni:

---

---

L'assistito o suo legale rappresentante dichiara di aver ricevuto le informazioni verbali e sopra riportate in sintesi relative allo stato di salute e di aver compreso i termini e le modalità dell'intervento diagnostico e/o terapeutico proposto dal medico, nonché delle conseguenti indicazioni fornite dal medesimo.

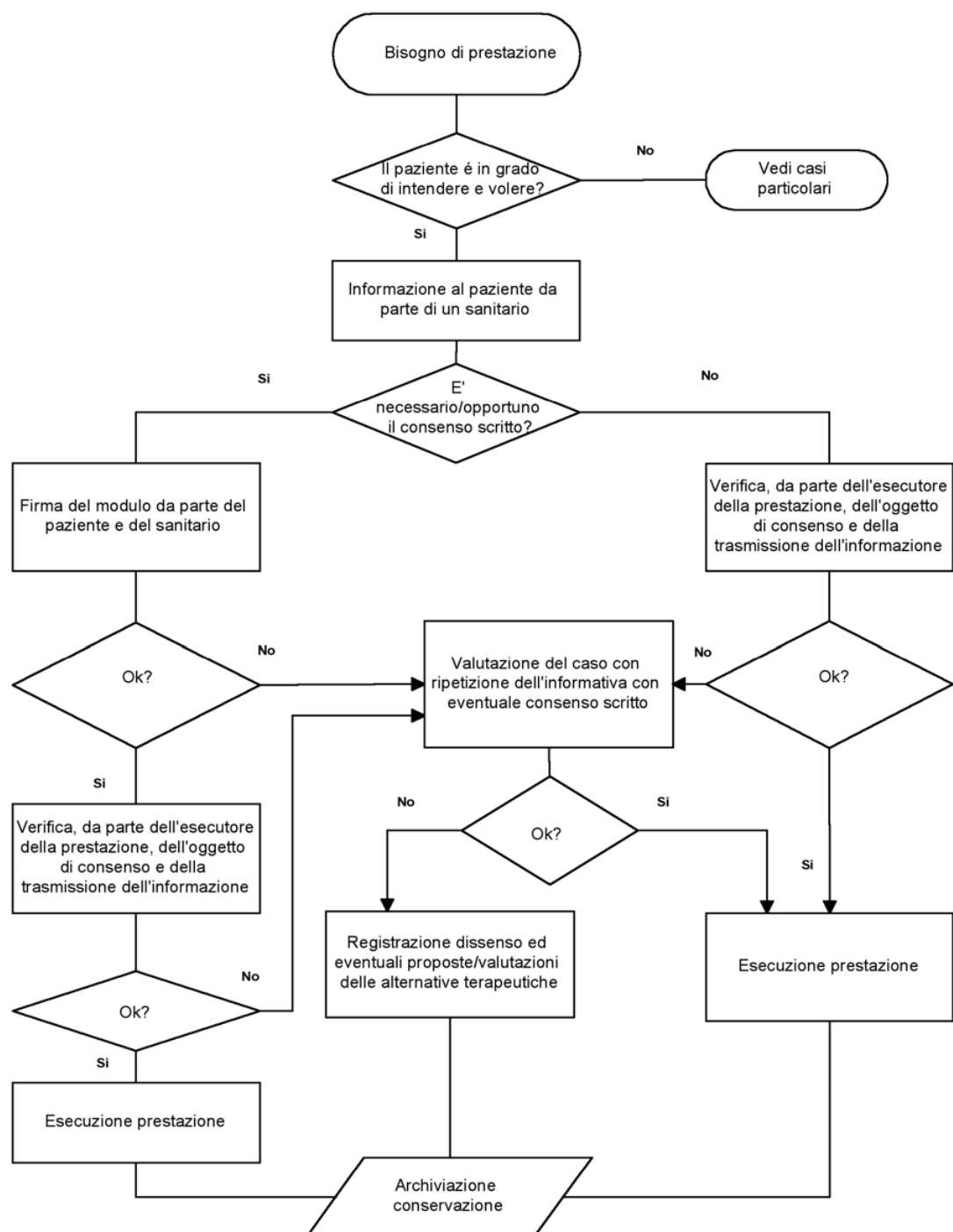
Sulla base di quanto sopra formula pertanto il proprio \_\_\_\_\_ (1) all'effettuazione delle terapie illustrate e indicate.

*(1) Scrivere: "CONSENSO" oppure "DINIEGO"*

Luogo e data \_\_\_\_\_

Firma del paziente o di chi ne fa legalmente le veci Firma del medico.

### 1.1.3 DIAGRAMMA DI FLUSSO DEL CONSENSO INFORMATO





## ***1.2 ASPETTI LEGATI ALLA CAPACITA' NATURALE DEL MINORE: ASCOLTO E CONSIDERAZIONE DELL'OPINIONE DEL MINORE***

La minor età costituisce una situazione di incapacità giuridica in ordine alla quale emerge l'esigenza di tener conto dell'effettiva capacità del paziente di esprimere un consenso alla terapia.

In questi casi può diventare particolarmente problematico l'eventuale conflitto fra i protagonisti del rapporto terapeutico.

Nel caso di soggetto minorenne i protagonisti del rapporto terapeutico sono tre: medico, minore e genitori.

Circa la potestà genitoriale nei confronti dei minori, cito una sentenza della Corte Costituzionale la n. 132/1992,<sup>2</sup> la quale afferma: "La Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale".

Quando il minore ha una sufficiente capacità di discernimento, il medico deve ricercare l'adesione alle terapie, con le dovute cautele del caso, anche da parte sua.

L'ascolto medico deve essere preceduto da un'informazione data al paziente, che deve essere data in maniera adeguata all'età.

Tali atti (informazione e raccolta dell'opinione del minore) dovranno essere riportati in cartella clinica.

Il genitore non è l'esclusivo garante della salute del figlio, diritto personalissimo previsto dagli articoli 13 e 12 della

---

<sup>2</sup> Corte Costituzionale sent. 27 Marzo 1992, n.132 "Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale".

Costituzione, in quanto il minore è soggetto di diritto, alla luce delle norme nazionali e delle convenzioni internazionali, “deve” essere informato, “deve” essere ascoltato, “deve” partecipare-collaborare, all’interno del processo decisionale per il trattamento terapeutico, così da poter costruire un “sentire insieme”, che sta alla base di quella che viene chiamata “alleanza terapeutica” tra medico-genitori-paziente minore, che è il senso profondo del consenso informato.<sup>3</sup>

### ***1.3 CONSENSO INFORMATO, PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE.***

Di fronte ad un soggetto di età inferiore ai diciotto anni, si crea una situazione particolare per quanto riguarda il principio di autodeterminazione.

Tali soggetti hanno una minore libertà di scelta terapeutica sicuramente per un fattore dovuto all’età, che richiama necessariamente l’istituto della rappresentanza legale.

L’alleanza terapeutica, come dichiarato poco sopra, si ritiene debba sussistere, non solo nel rapporto tra genitori o rappresentanti legali e medico curante, ma anche fra il medico e il minore malato che, se reso partecipe in modo appropriato, non può che beneficiare dell’approccio collaborativo nei suoi confronti e prendere consapevolezza del proprio male assumendo l’atteggiamento giusto per contrastarlo.

L’alleanza terapeutica è oggi considerata la forma ottimale di cura in ambito sanitario, il consenso presuppone un’informazione da parte del medico, chiara, esauriente,

---

<sup>3</sup>[http://www.usl2.toscana.it/documenti/consenso\\_informato\\_casi\\_particolari\\_allegato\\_rev\\_0\\_11\\_2\\_2010.pdf](http://www.usl2.toscana.it/documenti/consenso_informato_casi_particolari_allegato_rev_0_11_2_2010.pdf)

adeguata all'età, al livello cognitivo, alla personalità del paziente, in tal caso soggetto debole, è la sintesi del principio di autodeterminazione del minore e di beneficiabilità per il suo superiore esclusivo interesse; è la soluzione che riflette la competenza scientifica e la sensibilità del medico e la stima, la fiducia e la gratitudine del paziente.

Il codice deontologico del 2006 prescrive: "il medico compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà"

La Convenzione di Oviedo all'art 6 comma 2 dichiara: "il parere di un minore è preso in considerazione, come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità"

L'informazione al minore deve essere data come un dovere che deriva dal rispetto della persona umana ed è compito del medico curante e dello psicologo che sta accanto al minore, valutare le qualità soggettive del paziente, tenendo conto del suo vissuto di malattia e sofferenza e il contesto familiare e sociale in cui vive, per poi poterne così apprezzare la maturità, e la capacità di esprimere il proprio consenso informato in tali condizioni psicoemotive.

Questo come possiamo immaginare è assolutamente un compito di alta responsabilità sia da parte dello psicologo ma soprattutto da parte del medico curante.

Proprio a causa della sempre più riconosciuta importanza alla volontà del minore, dobbiamo dire che sono molti i casi di contrasto che spesso si verificano tra le diverse volontà in gioco nell'applicare o meno un trattamento sanitario.

In tal caso si ritiene necessario l'intervento del giudice.

Vediamo taluni casi pratici.

### **1.3.1 ALCUNI CASI PRATICI DI CONTRASTO TRA VOLONTA' DEL MINORE E/O GENITORE E LA PROPOSTA DI TRATTAMENTO TERAPEUTICO DEL MEDICO**

Il nostro ordinamento offre talune soluzioni e criteri di bilanciamento per la soluzione di certe casistiche in ambito sanitario, riguardo ad esempio la decisione in ordine alle situazioni in cui il trattamento medico-chirurgico osteggiato dai legali rappresentanti del minore, si configura come necessario e indifferibile.

Un caso molto frequente è quello in cui i genitori del bambino si rifiutano per motivi religiosi, si pensi ad esempio ai testimoni di Geova, di sottoporre il figlio minore ad emotrasfusioni, le quali servono a garantire con un certo grado di certezza la sopravvivenza del bambino e inoltre una buona qualità di vita. In questo caso il medico deve segnalare il fatto all'autorità giudiziaria, la quale deve sospendere la potestà parentale e consentire il trattamento, il medico deve però rispettare le convinzioni religiose dei genitori ed eventualmente valutare terapie alternative ugualmente efficaci, nell'interesse del minore.

Molte sono invece le problematiche che riguardano gli adolescenti tra i 14 e 16 anni, riguardo l'anoressia o problemi psicologici legati il più delle volte a situazioni familiari difficili.

Il medico non può occuparsi di questo tipo di problematiche, in tal caso deve segnalare il fatto al Tribunale per i minorenni e il giudice potrebbe disporre il trasferimento del minore in una struttura socio-assistenziale diversa dalla famiglia.

Si tratta di un provvedimento forse sproporzionato per il minore ma questi sono quei casi in cui gli effetti benevoli del provvedimento di limitazione della potestà parentale sono

nascosti, oscurati dalle sofferenze sia fisiche che psicorelazionali connesse alle cure.

In tal caso è il giudice che deve trovare un bilanciamento tra quelli che sono i vantaggi e gli svantaggi del minore e scegliere quale provvedimento risulta più adeguato in base al caso, può ritenere opportuno un intervento che mantenga un reale coinvolgimento della famiglia con l'attivazione dei servizi socio-assistenziali-psicologici.

Nelle situazioni in cui invece vi siano divergenze tra genitori medici e minore sui possibili diversi trattamenti terapeutici ma i cui effetti sono simili ed hanno più o meno la stessa efficacia, ci si chiede se sia necessario richiedere l'intervento del Tribunale, in quanto il giudice può intervenire esclusivamente per evitare effetti pregiudizievoli al minore, certamente non ha il compito di imporre una scelta in tal senso perché la ritiene migliore rispetto a quella dei genitori.

Questo per dire che quando si discute su più metodi alternativi e quindi non vi è un metodo indispensabile, la scelta o la decisione dei genitori o del minore non può essere superata dal provvedimento del giudice.

Nel caso contrario in cui la terapia voluta dai genitori secondo parametri scientifici non è ritenuta né valida né efficace, in tal caso non si può fare a meno dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

Purtroppo sono molti i casi pratici relativi a minori, ne riporto due differenti tra loro, laddove il primo caso riguarda l'attivazione dei servizi socio-assistenziali-psicologici per un maggiore coinvolgimento della famiglia, il secondo caso è uno

dei tanti in cui possiamo analizzare, valutare la relazione che vi è tra potestà genitoriale e libertà parentale.<sup>4</sup>

1 CASO: La madre di una ragazza di 14 anni, affetta da una grave malattia per la quale i medici ritengono necessaria l'alimentazione parenterale, presente assiduamente in ospedale per assistere la figlia, non condivide la decisione e si oppone all'intervento.

Il medico responsabile del reparto in cui la ragazza è ricoverata, preso atto che la posizione della madre è irremovibile, informa il Tribunale per i minorenni della situazione.

Il giudice convoca e ascolta le parti: il rapporto madre-figlia è disturbato e ambivalente, il padre è privo di autorità; anche il rapporto madre-medico curante è ambivalente, sospeso tra collaborazione e rivalità; il giudice incarica un'assistente sociale di contattare la ragazza in ospedale.

Dal colloquio risulta evidente da un lato il desiderio della paziente che la degenza finisca al più presto anche ricorrendo all'intervento pesante propostole, dall'altro un senso di lealtà verso la madre che la induce a rifiutare la terapia.

Il Tribunale autorizza le cure senza il consenso dei genitori e dispone che il servizio sociale si prenda cura della ragazza e costituisca un interlocutore al di fuori dell'ambito familiare al fine di sostenere la stessa e favorire le sue potenzialità di autonomia.

Anche la madre viene aiutata con un sostegno psicoterapeutico atto a capire che la ragione del suo rifiuto all'intervento era motivata dalla difficile accettazione sia della

---

<sup>4</sup> Quaderni associazione pediatrica "Il consenso informato del minore. Aspetti generali e casi pratici", 2013, p. 85-86.

malattia della figlia, sia della sua crescita e della conseguente naturale separazione da lei.

2 CASO: Bambino di 9 anni, colpito da osteosarcoma osteoblastico: il programma terapeutico prevede un trattamento chemioterapico, seguito da amputazione della gamba, con prognosi di sopravvivenza a 5 anni dalla scoperta del male pari al 60%, condizionata all'osservanza del programma terapeutico e con esclusione della possibilità di guarigione.

Il Tribunale per i minorenni limita in via temporanea e urgente la potestà dei genitori.

La Corte d'Appello revoca il provvedimento del Tribunale argomentando che:

- a) la possibilità di sopravvivenza è ridottissima, quasi aleatoria e andrebbe comunque verificata in concreto, in relazione alle condizioni fisiche precarie del bambino, che male tollererebbe la chemio;
- b) la comparazione tra il trattamento ufficiale e la MDB porta a un giudizio di sostanziale equivalenza: né l'una né l'altra servono;
- c) il minore respinge la terapia – l'intervento del resto sarebbe per lui devastante – e al momento è tranquillo, perché si fida dei suoi genitori, in quanto cercano di allontanare da lui il male;
- d) non c'è conflitto di interessi, anzi genitori e figlio sono accomunati dallo stesso interesse, e pertanto "non si provvede alla limitazione della potestà genitoriale"

Guardando alla legislazione statale, in alcuni casi il legislatore prevede invece la possibilità per l'adolescente di esercitare il proprio diritto alla salute senza l'intervento dei genitori, si pensi

alla legge relativa all'aborto, la n.194/1978<sup>5</sup>, in cui all'art 2 si prevede la possibilità per i minori di richiedere la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile, escludendo ogni ingerenza dei genitori e in caso di contrasto con la volontà dei genitori prevale la volontà della minore.

L'art 12 della stessa legge, stabilisce quale criterio generale per l'interruzione della gravidanza da parte di una donna di età inferiore ai 18 anni, l'assenso di chi esercita la potestà o tutela; tuttavia, nei primi 90 giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione di coloro che esercitano la potestà sulla ragazza, oppure quando queste persone si rifiutano di dare il loro assenso, il giudice tutelare sulla base della relazione medica trasmessagli dagli organi sanitari "sentita la donna e tenuto della sua volontà" può autorizzarla con atto non soggetto a reclamo a decidere l'interruzione della gravidanza.

Il provvedimento di "autorizzazione a decidere" del giudice tutelare, ha una funzione di integrazione della volontà della minorenni per i vincoli gravanti sulla sua capacità di agire.

Vedremo più avanti il profilo della capacità della minore in ordine a tale argomento.

Sempre riguardo alla legislazione statale si accenna al decreto legislativo 211/2003<sup>6</sup> relativo alla sperimentazione clinica e

---

<sup>5</sup> L.22 Maggio 1978, n.194 "Norme per la tutela Sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

<sup>6</sup> DLgs.24 Giugno 2003, n. 211 "Attuazione della direttiva 2001/20 CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico".



alla prevenzione e il d.p.r. 1990/309<sup>7</sup> sulla cura e riabilitazione della tossicodipendenza dove notiamo che per gli atti terapeutici che hanno come destinatari la persona del minore, prevedono una sua partecipazione un suo coinvolgimento.

Un ulteriore caso di esclusione dell'obbligo di acquisire il consenso dei genitori o del tutore riguarda infatti gli accertamenti diagnostici, terapeutici e riabilitativi al minorenne che faccia uso personale, non terapeutico di sostanze stupefacenti; il minorenne può, mantenendo l'anonimato, accedere personalmente ai servizi per le tossicodipendenze e ottenere trattamenti terapeutici e consentire al controllo delle urine o del capello (art 120 D.P.R. 9 ottobre 1990, n 309, Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

In caso di dissenso del minore alla proposta diagnostico terapeutica, nonostante il consenso dei soggetti esercenti la potestà, dopo svariati momenti di informazione e ricerca del dialogo, bisogna valutare la necessità e differibilità del trattamento proposto e prendere in considerazione l'opinione del minore come un fattore sempre più determinante in funzione della sua età e del suo grado di maturità (art 6 Convenzione dei diritti dell'uomo e la biomedicina di Oviedo del 1997).

---

<sup>7</sup> DPR. 9 Ottobre 1990, n. 309 "Testo unico delle leggi in materia di disciplina di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza".

## **2. LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI CONSENSO INFORMATO**

La Corte costituzionale, in una recente pronuncia, la sentenza n.438/2008<sup>8</sup> avente ad oggetto la legittimità di norme regionali che prescrivevano specifiche modalità di acquisizione del consenso in caso di trattamenti farmacologici su minori ritenuti particolarmente rischiosi, ha riconosciuto al consenso informato, “inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico”, la natura di vero e proprio “diritto della persona che trova fondamento come abbiamo già dichiarato in precedenza, nell’art 2 e negli art 13 e 32 della Costituzione”.

Esso secondo la Corte costituzionale, esplica una funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione della persona e quello alla salute.

Siamo nell’ambito di un giudizio su una competenza legislativa contesa tra Stato e regione e il risultato è l’attribuzione al consenso informato della qualità di principio fondamentale della materia “tutela della salute” ai sensi dell’art 117, comma 3, la sentenza individua, il diritto al consenso informato come una situazione massimamente tutelata dalla Costituzione.

### ***2.1 SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N.438 DEL 2008 IN TEMA DI TUTELA DELLA SALUTE***

Tratta di un giudizio di legittimità costituzionale dell’art 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007 n. 21 (norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e

---

<sup>8</sup> Corte Costituzionale sent. 23 Dicembre 2008, n.438 in tema di “tutela della salute”.

adolescenti), promosso con ricorso del presidente del Consiglio dei ministri, l'impugnato art 3 comma 1 stabilisce che: "Nella Regione il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto".

Il successivo comma 2 affida alla Giunta regionale il compito di predisporre un modulo per il consenso informato, attraverso il quale il medico di medicina generale, il pediatra, lo psichiatra o il neuropsichiatra infantile forniscono le informazioni relative ai vantaggi presunti della terapia, agli effetti collaterali del farmaco consigliato, ai possibili trattamenti alternativi ed alle modalità di somministrazione.

Il comma 3 affida, poi, alla stessa Giunta l'individuazione degli strumenti e delle modalità per favorire l'accesso a terapie alternative o integrative ai trattamenti di cui al comma 1.

Il comma 4, infine, stabilisce le modalità con le quali deve essere prestato il consenso alla somministrazione da parte del genitore o del tutore interessato.

A parere del ricorrente le disposizioni sopra riportate, nel subordinare i trattamenti di cui al comma 1 ad un obbligatorio consenso scritto da parte dei genitori o dei tutori del minore, eccedono dalla competenza legislativa concorrente regionale in materia di tutela della salute, in quanto il suddetto consenso non è richiesto dal legislatore statale per la prescrizione di farmaci stupefacenti o psicotropi e, in particolare, non è previsto nel D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze

psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

Il ricorrente ritiene, infatti, che la necessità di consenso informato sia un principio fondamentale nella materia «tutela della salute» e, pertanto, la previsione delle ipotesi nelle quali tale consenso è richiesto è rimessa al legislatore statale, che lo ha in effetti previsto solo in casi determinati, come, ad esempio, in materia di sperimentazione clinica sull'uomo di medicinali ancora in fase di autorizzazione all'immissione in commercio, o per lo studio di nuove indicazioni terapeutiche di farmaci già commercializzati, ovvero in materia di donazione e ricezione di sangue e di emocomponenti.

Il legislatore regionale, dunque, nel subordinare, in una fattispecie non prevista dalla legge nazionale e in assenza di riscontri fondati sullo stato attuale delle conoscenze scientifiche, l'accesso a determinati trattamenti terapeutici al consenso del paziente, avrebbe introdotto una limitazione alla prescrivibilità di un'ampia gamma di medicinali, sottoponendo la decisione del medico alla discrezionalità di genitori e tutori, con conseguente lesione del diritto alla salute, tutelato dall'art.32 della Costituzione, e dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti tale diritto, la cui determinazione è rimessa in via esclusiva allo Stato per effetto dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione.

Sul punto, la difesa erariale richiama la [sentenza n. 338 del 2003<sup>9</sup>](#), con la quale la Corte ha affermato che «stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i

---

<sup>9</sup> Corte Costituzionale sent. 14 Novembre 2003, n.338, Giudizio di legittimità costituzionale in via principale in tema di "tutela della salute".

principi fondamentali della materia, “collocandosi all’incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica”, [...] la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale.

Il ricorrente, dopo aver rilevato che le censure sopra esposte valgono anche per quanto previsto al comma 3 della norma impugnata, quanto al successivo comma 4, ritiene che esso contrasti con l’art. 2, lettera i), del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all’applicazione della buona pratica clinica nell’esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), che indica i soggetti legittimati a prestare il consenso informato.

La Regione Piemonte, chiede il rigetto del ricorso, ritiene che nel ricorso non vi è alcuna motivazione riguardo alla violazione dell’art 2 della Costituzione e che la censura dell’art 3 comma 3 della legge regionale è generica, in quanto limitata all’affermazione che detta norma “soggiace alle stesse censure” riferite alle altre disposizioni impuginate.

Nel merito, la Regione osserva, quanto alla presunta violazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, che le leggi statali che regolano il consenso informato hanno un’applicazione limitata, in quanto si riferiscono a specifiche attività mediche.

Tali leggi pertanto, non possono assurgere a principi fondamentali, né da esse è possibile trarre il principio secondo cui il consenso informato può essere richiesto solo nei casi disciplinati da leggi statali.

In particolare, non vi sarebbe, secondo la difesa regionale, alcuna violazione degli art. 2 e 32 della Costituzione, in quanto le disposizioni impugnate garantiscono la volontarietà dei trattamenti sanitari nel rispetto della persona umana per mezzo dell'effettivo esercizio del consenso informato su metodi curativi utilizzabili, su possibili scelte alternative di interventi terapeutici differenziati, sui rischi e vantaggi specifici corrispondenti alle varie tecniche e cure praticabili, non comportando alcuna limitazione dell'autonomia e della responsabilità dei medici nella scelta della migliore terapia da somministrare sulla base delle conoscenze scientifiche.

Quanto alla presunta lesione del diritto alla salute, la Regione osserva che la piena conoscenza e la consapevole e adeguata informazione sulle prestazioni terapeutiche più appropriate si pone proprio a tutela di tale diritto.

Non vi sarebbe, infine, alcuna violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione, in quanto la disciplina relativa al consenso informato non attiene alle prestazioni sanitarie che debbano rendersi uniformi sul territorio nazionale.

Inoltre la Regione Piemonte osserva che, il ricorrente, non tiene conto delle più recenti deliberazioni dell'Agenzia Italiana del Farmaco, con le quali si è suggerito di subordinare la somministrazioni di psicofarmaci su bambini, alla previa sottoscrizione obbligatoria di un modulo di consenso informato del tutto simile a quello previsto dalle disposizioni impugnate, nonché da altre leggi regionali in via di approvazione, che prevedono una specifica disciplina sul consenso.

La Regione Piemonte rileva poi, che la norma impugnata, nel garantire il diritto alla salute mediante l'accesso informato del minore, ai diversi trattamenti terapeutici, opera nel rispetto di

quanto previsto dall'art 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite del 1948<sup>10</sup> e dall'art 33 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino<sup>11</sup>, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 27 maggio del 1991 n.176.

Nel merito la questione risulta fondata, e tali sono i motivi: il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile» e che «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici.

In particolare, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, premesso che gli Stati «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della

---

<sup>10</sup> Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite 10 Dicembre 1948 art 5: "Nessun individuo potrà essere sottoposto a trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti".

<sup>11</sup> Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino 1989 art 33 "Gli Stati parti devono adottare ogni appropriata misura di carattere legislativo, amministrativo, sociale e educativo, per proteggere i fanciulli contro l'uso illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, quali risultano definite nelle convenzioni internazionali e per prevenire l'impiego di bambini nella produzione illegale e nel traffico di tali sostanze".

società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore».

L'art.5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato»; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge.

La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in



quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.

Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione deve essere rimessa alla legislazione statale.

Le norme oggetto di scrutinio devono essere dichiarate pertanto costituzionalmente illegittime, in quanto con esse la regione Piemonte non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del suddetto consenso.

Invero, l'art. 3 comma 1, impugnato, per il fatto che individua i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati), nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto), disciplina aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale.

Anche i successivi commi dell'art 3 devono essere dichiarati illegittimi in quanto strettamente connessi alle previsioni del comma 1.

Tale è il giudizio datoci dalla sentenza della Corte oggetto di svariati commenti e opinioni da parte di importanti giuristi.

## ***2.2 COMMENTI ALLA DECISIONE***

È necessario innanzi tutto comprendere quelle che sono state le ragioni che hanno spinto il Consiglio regionale piemontese ad adottare la complessiva normativa di cui faceva parte la disposizione censurata dalla Corte.

A tal proposito riporto un commento alla decisione della Corte Costituzionale di Lelli Barbara in “Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni”.

La legge piemontese n.21 del 2007, si presentava attuativa degli art 4, 9, 11 dello Statuto della Regione Piemonte cioè della legge 4 Marzo 2005 n.1 di cui l’art 4 comma 1 appunto dichiara che le funzioni legislative, regolamentari e amministrative sono tese a realizzare “Gli obbiettivi del processo civile e democratico”, mentre all’art 9, che riguarda la tutela della salute dei cittadini, viene sancito il ruolo di garanzia della Regione per il diritto alla salute, ed infine l’ art 11 tratta della “tutela ai diritti sociali” in particolare per le fasce dei soggetti più deboli della popolazione: infanzia, anziani, diversamente abili e minori, al fine di permettere “un’esistenza libera e dignitosa”.

La legge Piemontese ambiva a portare avanti e ad applicare principi di fonte sovranazionale in materia, che abbiamo già in precedenza citato, l’art 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948 e 33 della Convenzione sui Diritti del Bambino delle Nazioni Unite del 1989.

L’obbiettivo della legge era anche quello di scongiurare l’abuso e l’uso improprio degli psicofarmaci in età minorile prevedendone l’utilizzo con determinate cautele; azioni di monitoraggio, sorveglianza, valutazione sui trattamenti in corso di natura psicofarmacologica e anche il divieto di

somministrazione di test e questionari relativi allo stato psichico ed emozionale degli alunni, se non per uno scopo prettamente didattico.

Tale divieto è nato in considerazione del fatto che tale pratica in molti paesi era diventata strumento di sondaggio per le imprese che ha portato all'incremento delle prescrizioni di psicofarmaci a bambini.

Il punto chiave della normativa risiede nella disciplina del consenso informato per tale tipo di trattamenti, una disciplina però non uniforme come quella statale, ma frammentata e per settore.

Tale normativa infatti, come dichiarato in precedenza, subordinava il trattamento terapeutico con farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalitici e antidepressivi al consenso informato dei genitori o tutori del minore, da fornirsi in forma scritta su modulo apposito predisposta dalla Giunta regionale, questo per evitare, anche nel nostro paese, la pratica delle disinvolute prescrizioni di psicofarmaci a soggetti in età scolare, così come avvenuto per esempio in Inghilterra e in Germania.

Inoltre bisogna tener conto del fatto che la legge in questione non era un caso isolato; il tema della somministrazione di psicofarmaci ai minori è un tema che è stato preso in considerazione anche da altre leggi regionali analogamente formulate ad esempio si pensi alle delibere legislative del Consiglio provinciale di Bolzano, o della Lombardia, del Veneto, della Toscana, dell'Emilia Romagna, Abruzzo, Campania, Sicilia.

Le censure governative, come abbiamo detto in precedenza nell'analisi della sentenza, sono state chieste proprio al riguardo della disciplina del consenso informato in quanto

ritenuta esorbitante rispetto alla materia di competenza concorrente regionale della tutela della salute, ex art 117 terzo comma, della Cost., tale peculiare istituto infatti non sarebbe stato previsto nella legislazione statale, né nella sua portata generale né nel particolare settore della disciplina degli stupefacenti.

Inoltre si ritiene che l'introduzione di una disciplina derogatoria e limitativa delle prescrizioni di psicofarmaci a minori avrebbe portato ad una situazione di "difformità" sul territorio nazionale, una ricaduta sul diritto alle cure previsto dall'art 32 della Cost., e avrebbe inciso anche sulla determinazione dei livelli essenziali spettanti esclusivamente al legislatore statale ex art 117 comma 2 , cost.

Infine il consenso informato avrebbe comportato l'assegnazione ai genitori, sprovvisti di conoscenze scientifiche di un ruolo preponderante nella fase decisionale, rispetto alla valutazione discrezionale del medico.

Spetterebbe proprio al medico riequilibrare il deficit informativo dei genitori, per aiutarli nella scelta di quelli che possono essere i migliori trattamenti terapeutici da perseguire per il bene dei figli, scelte che devono rientrare nell'ambito di un rapporto che si impronti su una sorta di "alleanza terapeutica" dove si vede medici e genitori collaborare insieme per un fine comune, quale il bene del bambino e dell'adolescente.

### ***2.3 CONTESTO CULTURALE E SOCIALE IN CUI NASCE LA DISPOSIZIONE IMPUGNATA NELLA SENTENZA***

Per meglio comprendere la portata e le conseguenze della decisione della Corte, è opportuno premettere taluni cenni su

quello che è il contesto culturale e sociale in cui si pone la disposizione impugnata e il contesto in cui la stessa ha avuto origine.

Tale analisi è stata approfonditamente sviluppata da Balduzzi Renato e Paris Davide in “Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative” di cui riporto vari commenti e argomentazioni.

Da diversi anni, anche nel nostro paese, si è sviluppato un movimento di opinione che denuncia i comportamenti di eccessiva disinvoltura nel somministrare psicofarmaci a bambini e adolescenti e che cerca di rendere più limitata, controllata e responsabile tale somministrazione soprattutto riguardo all'ADHD (Disturbo da deficit dell'attenzione e iperattività).

In Italia, il Comitato che più rappresenta tale movimento di opinione è quello chiamato “Giù le mani dai bambini” che raccoglie più di duecento tra associazioni private, aziende sanitarie, enti locali, ordini provinciali dei medici chirurghi e odontoiatri e università, oltre alle molte adesioni personali di persone dello spettacolo, dello sport, della politica e della cultura. (Sito web del comitato [www.giulemanidaibambini.it](http://www.giulemanidaibambini.it))

L'approccio di tale movimento non è totalmente proibizionista, non esclude in maniera categorica l'applicazione di psicofarmaci al sotto di una certa età e non si batte contro un farmaco specifico, l'obiettivo di tale movimento si pone contro la facilità, ormai diffusa in molti paesi come ad esempio negli Stati Uniti D'America, nel poter “etichettare” come malati e quindi di conseguenza sottoporre a terapie farmacologiche bambini che in realtà, non sono malati ma solo troppo vivaci o

in situazioni di disagio e per tal motivo difficili da gestire da parte dei genitori o insegnanti.

La somministrazione del farmaco in tali casi viene vista come soluzione immediatamente soddisfattiva per i genitori preoccupati dal comportamento del figlio, una sorta di scorciatoia alternativa ad altre soluzioni più impegnative sia per i genitori che per i bambini, che però comporta gravi rischi alla salute dei bambini.

I sostenitori delle terapie alternative ritengono che la responsabilità di tale abuso di psicofarmaci ricada su diversi soggetti tra cui il Ministero della Salute che non svolge in maniera adeguata la sua funzione di farmacovigilanza, la classe medica che non riesce il più delle volte a limitare il ricorso alle terapie farmacologiche ai soli casi in cui è ritenuto strettamente necessario e le famiglie che forse anche per mala informazione ma soprattutto perché non intendono risolvere i problemi con i figli utilizzando le cure loro appropriate, acconsentono alla somministrazione di psicofarmaci.

Una forte responsabilità viene inoltre riconosciuta alle industrie farmaceutiche multinazionali, che dalla vendita di psicofarmaci per la cura dell'ADHD attraverso progetti di screening di massa sui bambini e il lavoro sull'opinione pubblica per far credere tali terapie le uniche efficaci, tentano di conseguire enormi profitti.

Un'ulteriore accusa è quella di controllare le riviste scientifiche più influenti e le commissioni governative, che hanno il compito di autorizzare il commercio dei farmaci, che vengono piegate dai maggiori esponenti delle case farmaceutiche presenti nei comitati e nelle commissioni scientifiche in palese conflitto di interessi, ad assumere decisioni favorevoli all'utilizzo dei farmaci.

L'allarme sociale rispetto a questo fenomeno è sicuramente aumentato nel corso degli anni, anche nel nostro paese, soprattutto da quando l'Agenzia del Farmaco nel 2007 ha autorizzato l'immissione in commercio di due psicofarmaci il "Ritalin" e "Strattera" indicati per la cura dell' ADHD.

Nel 2007 in gran parte dei Consigli regionali viene presentato il medesimo progetto di legge intitolato "Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti", articolata in 3 nuclei fondamentali.

Tale proposta di legge la ritroviamo nella Regione Piemonte, Bolzano, Veneto, Emilia Romagna, Trento, Campania, Toscana, Abruzzo, Sicilia, Lombardia.

Salve talune piccole differenze, tali progetti di legge coincidono nella loro formulazione e nella relazione illustrativa.

Viene previsto innanzi tutto che nella Regione, il trattamento con sostanze psicotrope su bambini o adolescenti inferiori ad anni 18, possa praticarsi solo quando i genitori o tutori nominati esprimano un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto (art 3 comma 1), attraverso un modulo da allegare a ciascuna prescrizione del farmaco (art 3 comma 4) predisposto dalla Giunta regionale (art 3 comma 2). Quest'ultima con proprio provvedimento "individua strumenti e modalità per favorire l'accesso a terapie sia alternative, sia integrative alla somministrazione di sostanze psicotrope"(art 3 comma 4).

Viene poi fatto divieto di somministrare in tutte le scuole dell'obbligo della Regione "test o questionari relativi allo stato psichico ed emozionale degli alunni" poiché tali valutazioni si ritengono possibili esclusivamente all'interno di strutture sanitarie pubbliche, sotto il controllo di operatori sanitari

qualificati e con l'obbligo del consenso del soggetto avente la potestà sul minore, ai sensi della normativa vigente (art 4).

Il significato e l'importanza delle disposizioni dettate lo si comprende anche accennando al fatto che anche la sindrome di ADHD spesso viene diagnosticata solo sulla base di un questionario di domande dal contenuto vago che l'insegnante deve compilare, ciò apre la strada a diverse diagnosi e quindi anche a diverse terapie.

A tal riguardo è intervenuto il Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca, con la circolare Prot. n. 4226/p4°del 7 ottobre 2008 nella quale si premette che il processo di rilevazione della sindrome di ADHD è molto complesso e coinvolge la famiglia, la scuola e le strutture sanitarie specializzate, per tal motivo, così come specificato nei vari progetti di legge regionale la diagnosi: "non può essere effettuata attraverso le somministrazioni all'interno delle scuole di test o di questionari relativi allo stato psichico ed emozionale degli alunni.

Gli eventuali interventi devono avvenire all'interno di strutture sanitarie pubbliche e sotto lo stretto controllo di operatori sanitari qualificati su precisa richiesta delle famiglie, spettando all'istituzione scolastica la segnalazione di comportamenti anomali o disturbanti durante l'orario delle lezioni".

Il terzo nucleo fondamentale è quello riguardante un sistema di monitoraggio e valutazione su scala regionale di tutti i trattamenti sanitari di natura psicofarmacologica su minori, coordinato dall'assessorato alla sanità, che prevede la sottoposizione delle persone a "controlli sanitari periodici al fine di valutare l'adeguatezza e correttezza terapeutica" (art 5). Con l'istituzione del "registro nazionale ADHD" presso l'istituto Superiore di Sanità (Iss) da molti ritenuto "l'unico mezzo di



difesa ufficiale a tutela dei bambini”, si porta avanti un programma teso al monitoraggio dell’accuratezza diagnostica dell’ADHD e dell’appropriatezza dell’eventuale terapia farmacologica.

Tale progetto è diventato legge, prima nella Regione Piemonte con la legge già citata in precedenza 6 novembre del 2007 n.21, intitolata “Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti” poi nella Provincia autonoma di Trento, la legge del 6 maggio 2008 n.4 “Disposizioni in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti”.

Nelle altre regioni invece il progetto di legge non è stato portato avanti soprattutto successivamente all’impugnazione da parte del Governo di queste due leggi citate in riferimento al tema del consenso informato.

È in questo contesto che si sviluppa e si giunge alla pronuncia in esame, la n. 438 del 2008 che ricordiamo dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art 3 della legge regionale Piemontese per i motivi detti poco sopra e che disciplina due aspetti fondamentali uno attinente ai diritti, l’altro alla ripartizione delle competenze.

#### ***2.4 CORTE COSTITUZIONALE E CONSENSO INFORMATO TRA DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE***

La sentenza 438 del 2008 afferma che il consenso informato trova fondamento negli art della Costituzione ( art 2, 13,32), e fa proprie talune affermazioni della Corte di Cassazione che considera il consenso informato “legittimazione e fondamento”

dell' intervento del medico, in quanto senza di esso tale è considerato illecito<sup>12</sup>.

La Corte di Cassazione delinea infatti quella che è la responsabilità sia dal punto di vista penale che civile, del medico che agisce senza il consenso informato.

Nella pronuncia delle sezioni unite penali della Corte di Cassazione del 21 Gennaio 2009 n. 2437<sup>13</sup> si esclude la responsabilità penale del medico nel caso in cui sottoponga il paziente ad un trattamento sanitario diverso da quello per cui il soggetto ha prestato il consenso e tale intervento sia stato eseguito nel rispetto dei protocolli di comportamento e delle *leges artis*.

La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria in cui lavora si ha nel caso in cui il medico abbia svolto il suo intervento in maniera corretta ma non abbia informato il paziente in maniera completa su quelli che sono i rischi e sulle conseguenze che l'intervento può comportare e per tal motivo il paziente abbia subito un pregiudizio alla sua salute.

La Corte di Cassazione ritiene che una corretta condotta del medico non abbia alcuna rilevanza e che in tal caso l'ingiustizia sussiste per il solo fatto che vi è stato un deficit nell'informazione al paziente e quindi vi è stata la violazione del principio del consenso informato.

La lesione del diritto fondamentale del paziente a prestare il proprio consenso informato al trattamento, sarebbe suscettibile di provocare un pregiudizio, anche a prescindere

---

<sup>12</sup> Balduzzi R., Paris D. "Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative" in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>13</sup> Cassazione Penale, SS.UU. sentenza, 21 Gennaio 2009, n.2437 "Responsabilità del medico, consenso del paziente, attività ulteriore, legittimità".

dagli effetti del trattamento sulla sua salute e quindi da qualsiasi riferimento al danno biologico che richiede pur sempre la dimostrazione della derivazione causale della condotta imperita imprudente o negligente del medico.

Pertanto in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente, circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico è chiamato a risarcire il danno alla salute, certo solo se il paziente dimostri, che ove completamente informato non avrebbe acconsentito all'intervento, non potendo ricondurre all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute.

L'intervento del medico seppur corretto ma posto in violazione del principio del consenso informato è illecito anche quando è stato compiuto nell'interesse del paziente.

Al riguardo citiamo il conosciutissimo “ caso Englaro ”.<sup>14</sup>

La vicenda di Eluana Englaro alimentò in Italia un ampio dibattito sui temi legati alle questioni di fine vita.

Una parte dell'opinione pubblica, prevalentemente cattolica, si dichiarò contraria all'interruzione della nutrizione artificiale mediante sondino nasogastrico, un'altra parte dell'opinione pubblica, prevalentemente laica, si dichiarò favorevole al rispetto della ricostruita volontà della diretta interessata pur in assenza di un formale testamento biologico.

Uno dei punti principali di divergenza nel dibattito riguardò la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione alla donna, ossia se considerarle alla stregua di un trattamento sanitario e

---

<sup>14</sup> Cassazione Civile, sez I 4-16 Ottobre 2007, n.21748 cd. “Caso Englaro”.

quindi una terapia, o alla stregua di un sostentamento vitale di base e se la loro eventuale sospensione potesse essere effettuata da terzi in mancanza di una diretta ed esplicita volontà del paziente.

Le argomentazioni che ci vengono date dall'Avvocatura dello Stato per spiegare i motivi per cui l'art 3 della norma della legge Regionale Piemontese è incostituzionale si basano sulla concezione ancora basata sul fatto di considerare la salute individuale più come obbiettivo, un dovere del medico, piuttosto che un diritto del paziente.

Sul punto è intervenuta la Cass.pen., sez.IV, 3 Ottobre 2001 n.1572 "Non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe *ad libitum* intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi».

Molte altre pronunce affermano lo stesso principio.

In senso contrario invece si pone la Cass.civ.sez.1 dell' 11 Febbraio 2002 n.26446<sup>15</sup> in cui si afferma che "il medico è legittimato a sottoporre il paziente, affidato alle sue cure, al trattamento terapeutico, che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso», in quanto la volontà del paziente rispetto

---

<sup>15</sup> Cassazione penale., sez I 11 Febbraio 2002,n. 26446, in tema di "Rifiuto alle cure da parte del paziente".

all'esecuzione sulla sua persona di interventi terapeutici svolge un ruolo decisivo soltanto quando «si manifesti in forma inequivocabilmente negativa e si concreti in un rifiuto del trattamento terapeutico prospettatogli».

Contro quest'ultima prospettiva si pone G.Marra "Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica" in Cass.pen.,2003 1950 ss.

Si scorge un ritorno al passato, nella fase del paternalismo medico dove il rapporto medico- paziente è caratterizzato (fin dal giuramento di Ippocrate) da un'etica medica paternalistica, da una concezione etica che prescrive di agire o di omettere di agire, per il bene di una persona, senza che sia necessario chiedere il suo assenso in quanto si ritiene che colui che esercita la condotta paternalistica, in tal caso il medico, abbia la competenza tecnica necessaria, per decidere in favore e per conto del beneficiario, il paziente.

Da questa prospettiva il medico è impegnato a ripristinare una condizione oggettiva di salute, (indipendente dalle preferenze del paziente) e la relazione è fortemente asimmetrica poiché il paziente viene considerato non solo privo della conoscenza tecnica ma anche incapace di decidere moralmente.

I principi etici che sono alla base del paternalismo sono il principio di beneficenza, che prescrive l'obbligo di agire per il bene del paziente ed il principio di non maleficenza, che esprime l'obbligo di non arrecare danno al paziente.

Dopo aver trovato il fondamento del Consenso informato negli art 2, 13 e 32 della Costituzione, la Corte cita diverse norme in cui questo trova attuazione tra queste vi è l'art 24 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che richiede agli Stati di adottare misure appropriate in materia di educazione e informazione, sulla salute e sulla nutrizione dei

bambini e di adoprarsi affinché “entrambi i genitori abbiamo pari responsabilità” in ordine alla crescita, al mantenimento e allo sviluppo dei figli.

Un collegamento più evidente con il principio del consenso informato lo ritroviamo nell’art 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina e all’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, entrambi citati dalla Corte di Cassazione per confermare la sua posizione, anche se entrambi non sono ancora pienamente vigenti nell’ordinamento interno.

L’Italia ha recepito la Convenzione di Oviedo nel proprio ordinamento con la legge di ratifica 28 Marzo 2001 n.145, secondo la quale Art. 1: “Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità dell’essere umano riguardo all’applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168 sul “divieto di clonazione di esseri umani”.

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata più volte richiamata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ancorché priva di efficacia giuridica, «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei».

A differenza della Corte di Cassazione, la Corte Costituzionale non cita il Codice Deontologico medico, la scelta è forse criticabile, sia perché quella deontologica è oggi «l’unica disciplina generale del consenso informato», sia in quanto il richiamo a queste norme avrebbe permesso alla Corte di

introdurre l'importante distinzione fra consenso informato e forme di espressione dello stesso.

Il codice deontologico, infatti, nella versione approvata il 16 dicembre 2006, dopo aver dettagliatamente disciplinato gli obblighi informativi del medico nei confronti del paziente (art. 33) e il divieto di procedere ad «attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente» (art. 35), al comma 2 dell'art. 35 dispone che «il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33».

Si evidenzia il fatto che se l'obbligo informativo del medico e l'acquisizione del consenso è necessario per la generalità degli interventi medici non sempre si richiede che il consenso debba essere dato tramite documentazione in forma scritta e che il documento scritto non debba mai sostituire tale processo informativo di cui all' art 33.

Sul punto è intervenuta anche la Cass. civ .sez. III (8 ottobre 2008 n.24791)<sup>16</sup>la quale ha ribadito che l'obbligo di informazione del medico non si può ritenere compiuto con la sola sottoscrizione di un generico apposito modulo, ma deve essere prima di tutto appurato che il paziente sia stato previamente messo a conoscenza di quelli che sono le modalità, i rischi e le conseguenze dell'intervento.

---

<sup>16</sup> Cassazione civile sez., sez III 8 Ottobre 2008,n.24791, in tema di "accettazione del paziente e responsabilità da contatto".

L'apposito "modulo scritto", può spesso rappresentare un intoppo al rapporto di fiducia tra medico e paziente e un ostacolo alla libertà di scelta terapeutica.

Il fatto di dover determinare in quali casi la garanzia dei diritti del paziente si ha con l'imposizione della forma scritta del paziente è proprio un punto centrale nella questione di costituzionalità in esame.

Abbiamo già riferito che l'affermazione più innovativa dateci dalla Corte è quella che vede nell'istituto del consenso informato la sintesi tra due diritti fondamentali della persona: il diritto all'autodeterminazione e alla salute, e abbiamo già analizzato qual è il rapporto tra i due diritti, ma è importante ribadire come questa sia la prima volta che il giudice delle leggi affermi l'esistenza di un diritto autonomo all'autodeterminazione in ordine alla propria salute distinto dal diritto alla salute stesso.

Il diritto all'autodeterminazione lo ritroviamo nella giurisprudenza di merito e di legittimità, in particolare, Cass. civ. sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, che parla del «diritto di autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale» quale «diritto personalissimo del soggetto di spessore costituzionale», e Trib. Milano sez. V, 4 marzo 2008, secondo cui il diritto all'autodeterminazione «appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo, fino a ricomprendere anche la consapevole adesione al trattamento sanitari.

Per quanto riguarda la responsabilità civile in riferimento al principio di autodeterminazione, si fa riferimento alle sent della Cass,civ.sez.un., dell'11 Novembre 2008 n. 26972-26975 con



cui la Corte Suprema ha riconosciuto la risarcibilità dei pregiudizi di tipo esistenziale, conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è noto, sempre in riferimento al principio di autodeterminazione, il caso *Pretty v. The United Kingdom*, sentenza del 29 Aprile 2002.

Pretty era una donna affetta da SLA (sclerosi laterali amiotrofica), paralizzata dal collo in giù, con difficoltà a parlare e alimentata tramite sondino.

Nella legislazione inglese suicidarsi non è un reato, ma la signora senza assistenza non sarebbe stata capace di farlo e aveva così espresso la volontà che fosse il marito ad aiutarla. Ma aiutare un'altra persona al suicidio è invece considerato un crimine.

Per evitare che il marito fosse sottoposto a conseguenze penale, entrambi hanno chiesto al P.M. locale di non perseguirlo.

La richiesta fu rifiutata.

In più la donna lamentava la violazione degli art 2-3-8-9-14 della Convenzione Europea dei Diritti Umani<sup>17</sup>.

La Corte con unanimità ha giudicato la richiesta della signora ammissibile secondo questi stessi articoli, ma non ha allo stesso tempo rinvenuto alcuna violazione degli stessi.

Tale decisione è stata poi ripresa dalla Corte di Cassazione nel ricorso presentato da Beppino Englaro, padre di Eluana Englaro, che ha cassato la decisione della Corte di appello di Milano riguardante la situazione della figlia e così è stato detto:

---

<sup>17</sup> Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU, art 2: "Diritto alla vita", art 3 "Proibizione della tortura", art 8 "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", art 9 "Libertà di pensiero, di coscienza e di religione", art 14 "Divieto di discriminazione".

“Né la configurabilità di un dovere dell'individuo alla salute, comportante il dovere del paziente di non rifiutare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita, può ricavarsi dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 aprile 2002, nel caso *Pretty c. Regno Unito*.

La Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita.

Siffatto principio, che il Collegio condivide pienamente e fa proprio, è utilizzato dalla Corte di Strasburgo non già per negare l'ammissibilità del rifiuto di cure da parte dell'interessato, ma per giudicare non lesivo del diritto alla vita il divieto penalmente sanzionato di suicidio assistito previsto dalla legislazione nazionale inglese ed il rifiuto, da parte del Director of Public Prosecutions, di garantire l'immunità dalle conseguenze penali al marito di una donna paralizzata e affetta da malattia degenerativa e incurabile, desiderosa di morire, nel caso in cui quest'ultimo le presti aiuto nel commettere suicidio.

Coerentemente con tale impostazione, la stessa sentenza della Corte europea ha cura di sottolineare che: in campo sanitario, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e

tuttavia l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che “una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita”.

La dottrina e la giurisprudenza citano spesso la sentenza 471 del 1990 a sostegno del fondamento del consenso informato, in questa sentenza la Corte dichiara l'incostituzionalità dell' art 696 comma 1 del c.p.c. nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale sulla propria persona, e riconosce l'inviolabilità della persona, (art 13, 1 comma) , la libertà e il potere della persona di poter disporre del proprio corpo.

Un potere certo limitato in quanto l'art 5 del c.c., pur consentendo gli atti di disposizione del proprio corpo, quale giusto postulato della libertà personale e non già di un potere dispositivo del proprio corpo e della propria persona, vieta tutti quegli atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (limite di carattere sociale), ovvero siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume (limite di carattere generale).

In questi casi il consenso è improduttivo di effetti, perché nullo in quanto viola l'art 5 c.c., ma anche per un esigenza morale e sociale secondo la quale, secondo un orientamento dottrinario, nessun diritto soggettivo può riconoscersi, se non nei limiti dell'utilità sociale e in quanto giovi pure agli altri ovvero secondo altri, se non in quanto, nel caso concreto, l'atto tende a perseguire interessi meritevoli di tutela.

Nella sentenza in esame, la 438 del 2008, non viene fatto alcun cenno alle limitazioni del diritto all'autodeterminazione.

Anche per quanto riguarda l'autodeterminazione in ordine ad un determinato trattamento sanitario, la sentenza presenta taluni aspetti innovativi.

Nelle sentenze precedenti ad essa l'autodeterminazione in riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, veniva ricondotta all'interno dell'art 32, e quindi veniva considerata tra le situazioni soggettive che venivano tutelate dallo stesso art 32, con la sentenza in esame invece, Il diritto all'autodeterminazione viene visto come un diritto autonomo, un diritto distinto dal diritto alla salute, con un ambito di applicazione più ampio, la salute è vista sotto il profilo individuale del diritto fondamentale non vi è alcun riferimento ad essa come interesse della collettività.

Si fa riferimento al principio di autodeterminazione per sottolineare la scelta libera e consapevole del paziente.

Una libertà quindi di scegliere, non una libertà dai trattamenti sanitari.

Il consenso informato è un istituto che come possiamo notare dalle varie argomentazioni prese in esame è caratterizzato da una natura ambigua, in quanto può essere visto sia come "mezzo di tutela del medico" sia come "espressione della libertà personale del paziente".

La sentenza in esame fa menzione soltanto di questo secondo aspetto del consenso informato.

La decisione della Corte in riferimento al principio di autodeterminazione, acquista sempre più rilevanza e peso se si prende in considerazione il contesto storico in cui viene presa, sono molti infatti i dibattiti parlamentari e non, sui temi

delle scelte di fine vita e sulla possibilità di avere una disciplina positiva sul testamento biologico.

In riferimento a questo ricordiamo il ddl del senato del 26 Marzo 2009, approvato in testo unificato, il quale tratta di disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico, nonché in materia di cure palliative e di terapia del dolore.

Un disegno di legge approvato con il nuovo titolo "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento".

Che cosa s'intende quindi per testamento biologico?

Per testamento biologico s'intende una dichiarazione anticipata di trattamento, lo si può anche chiamare testamento di vita, direttive anticipate, volontà previe di trattamento, con il quale una persona (testatore), esprime la volontà anticipata, in condizioni di lucidità mentale, in merito alle terapie che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui si trovasse nella condizione di incapacità di esprimere il proprio consenso o dissenso in ordine ad una determinata cura, e quindi nell'incapacità di esercitare il suo diritto al consenso informato. Riprendiamo in esame il caso conosciutissimo di Eluana Englaro, un caso, che come abbiamo visto è stato per molto tempo oggetto di discussione, dove la problematica, il tema centrale era l'incertezza sulla possibilità o meno di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali nei suoi confronti, in tal caso specifico, in generale, nei confronti di pazienti che come Eluana sono in una condizione di stato vegetativo permanente.

In tal caso la conseguenza della condotta di interruzione del sostegno vitale sarebbe stata la morte del paziente, tale

conseguenza ha fatto sì che si ponessero delle problematiche anche dal punto di vista del diritto penale, che vorrei perlomeno accennare in quanto le argomentazioni certamente si collegano anche alla disciplina del testamento biologico di cui si sta parlando.

Né la sentenza della Cassazione della sez. I civile in data 16 ottobre 2007, né il successivo decreto autorizzativo della Corte d'Appello in data 25 giugno 2008 hanno affrontato la domanda centrale che il penalista non può non porsi, la domanda del perché, una condotta la cui conseguenza è la morte di una persona, non dovrebbe costituire omicidio volontario ai sensi dell'art 575 del c.p.

Le corti civili non si pronunciano in riferimento questo punto, la Cassazione federale tedesca si pronunciò per la prima volta nel 1994 nel senso della liceità dell'interruzione dell'alimentazione/idratazione a un paziente in stato vegetativo permanente, ricorrendo le medesime condizioni di liceità enunciate dalla nostra Cassazione nel 2007, nell'ambito però di un processo penale celebrato a carico del figlio di un paziente e del suo medico curante, i quali (senza alcuna previa autorizzazione giudiziale) avevano dato disposizioni affinché fosse sospeso il sostegno vitale al paziente (c.d. *Klemptner Fall*); e in quell'occasione, fu del tutto naturale che i giudici di legittimità si ponessero per prima cosa il problema dell'inquadramento penalistico della condotta.

Il problema del rapporto con il delitto di omicidio, è stato ampiamente discusso nella nota pronuncia della House of Lords, che chiuse un provvedimento di volontaria giurisdizione, avviato in seguito ad una richiesta del medico curante di un paziente in stato vegetativo permanente, concordata con i

famigliari di sospendere l'idratazione alimentare che lo teneva in vita.

Quali sono state le soluzioni a tale problematica?

Entrambe le corti danno una risposta negativa in riferimento all'obbligo di proseguire il trattamento, un obbligo che se violato, comporterebbe certamente una responsabilità penale, soprattutto la House of Lord ha affermato che la prosecuzione dell'alimentazione/idratazione riconosciuti in stato vegetativo permanente, risulta in un certo senso "futile", inidonea a recare beneficio al paziente, nemmeno palliativo.

La Cassazione tedesca invece distingue in base al caso in cui di fronte ad uno stato vegetativo irreversibile si possa o non si possa desumere una volontà presunta del paziente contraria alla prosecuzione del trattamento.

Dall'art 32 comma 2 della Costituzione, come abbiamo dichiarato in precedenza, discende un diritto fondamentale del paziente alla libertà di cura, un diritto a rifiutare le cure, persino nell'ipotesi in cui le cure siano necessarie alla sopravvivenza del paziente, prendendo ad esempio il caso Welby, il g.i.p. di Roma affermato che il rifiuto della respirazione artificiale espresso da un paziente in piena coscienza e libertà non può che comportare un dovere del medico di astenersi dal proseguire nella somministrazione della terapia.

Sono molti i contrasti riguardo questo tema, vi è infatti chi si pone in maniera favorevole rispetto all'idea di concedere la facoltà al paziente di poter rifiutare con scelta consapevole, talvolta anticipata rispetto al momento in cui questa scelta non si possa più fare, perché incapaci di esprimere tale scelta, alle pratiche di nutrizione e idratazione artificiale e chi invece si dichiara favorevole a proseguire il trattamento anche contro la volontà del diretto interessato.

La maggioranza delle forze parlamentari sono favorevoli a quest'ultima soluzione, tale presa di posizione viene giustificata dal fatto che la nutrizione e l'idratazione non vengono, da esse qualificate, come trattamenti sanitari e quindi non incontrano il divieto dell'art 32 2 comma, se però si parla del diritto all'autodeterminazione come un diritto autonomo, a sé stante, che si ricollega al diritto alla libertà personale di cui all'art 13 e non solo come rifiuto alle cure, allora il proseguimento delle cure contro la volontà del paziente risulterà incostituzionale perché andrebbe proprio a violare l'art 13 della Costituzione, a prescindere dal qualificare o meno tali pratiche come trattamenti sanitari.

In realtà possiamo dire che l'istituto del consenso informato, può essere considerato sintesi delle diverse situazioni giuridiche che vengono tutelate dall'art 32 (1 e 2 comma) della Costituzione, diritto alla salute inteso come diritto a prestazione e come libertà della scelta terapeutica anche senza andare a richiamare l'art 13 della Cost.

Riporto una citazione dal "Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario"<sup>18</sup> secondo cui il diritto al consenso informato, ad una adeguata informazione "ha un fondamento costituzionale che nessun altro atto può togliere o limitare", va molto oltre il caso specifico del diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, e riguarda tutti i momenti significativi attraverso i quali si realizza il diritto fondamentale alla salute previsto in generale dall'art. 32, comma 1".

---

<sup>18</sup> G.U. Rescigno "Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art 32 della Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita", in Dir. Pubblico., 2008 p. 85 ss.



Qui il consenso informato è visto come libertà dalla scelta terapeutica.

La Corte Costituzionale ha voluto evidenziare la sintesi dei diversi diritti rappresentati nell'istituto del consenso informato affermando un autonomo diritto all'autodeterminazione.

Tali sono le argomentazioni dettate a sostegno e giustificazione della decisione della Corte in ordine alla illegittimità dell'art 3 della legge regionale Piemontese dichiarata dalla sentenza in esame, la 438 del 2008.

Sentenza che si discosta dalle precedenti, dalla sentenza 282 del 2002 e dalla sentenza 338 del 2003, in quanto toglie alla potestà legislativa regionale talune competenze che invece prima le erano state riconosciute.

## ***2.5 ALCUNE COORDINATE GIURISPRUDENZIALI. RELAZIONE STATO- REGIONE DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE***

Come abbiamo visto nell'analisi della sentenza, sono molte le coordinate della giurisprudenza che vengono utilizzate per affrontare le risposte della Corte Costituzionale, anche lo stesso governo le utilizza a sostegno del suo ricorso.

Lelli Barbara in "Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni" ci riporta tali coordinate giurisprudenziali prese in esame tra cui, la sentenza n.338/2003<sup>19</sup>, che aveva dichiarato illegittimi gli art 4 e 5 della legge Piemontese n.14 del 2002 intitolata "Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia" e l'art 3 della legge Toscana n.39 del 2002 intitolata "Regole del sistema sanitario regionale toscano in materia dell'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la

---

<sup>19</sup> Corte Costituzionale, sent. 14 Novembre 2003 n.338, in tema di "Tutela della salute".

lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia”.

Viene poi anche richiamata nelle varie argomentazioni una sentenza precedente, la sent. 282 del 2002<sup>20</sup>, che aveva statuito l’illegittimità costituzionale dell’intera legge n. 26 del 2001 della Regione Marche, intitolata “Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia”.

Tali leggi regionali limitavano l’utilizzo di particolari interventi di psicoturgia, prevedendo una sospensione tout court di tali pratiche sul territorio regionale, ponendo il divieto su minori, anziani ultrasessantacinquenni e donne in gravidanza.

Nella sent.282 del 2002 il mancato rispetto della competenza concorrente stato-regioni aveva condotto alla dichiarazione di incostituzionalità della legge marchigiana, la quale era stata impugnata argomentando proprio sull’assenza di una disciplina del consenso informato a livello statale.

Non si rinvenivano a livello statale norme che disciplinano esplicitamente, l’ammissibilità delle pratiche terapeutiche in esame ma anche delle pratiche terapeutiche in generale.

La mancanza di statuizioni legislative in materia concorre a definire quelli che sono i principi che reggono la materia e che non possono non ricollegarsi al “sistema costituzionale” dove trova fondamento la garanzia del diritto al consenso informato, per cui si nega l’ipotesi del così detto “vuoto normativo”.

Nonostante ciò possiamo sicuramente dire che una disciplina statale del consenso informato darebbe una maggiore percezione di quelli che sono i diritti spettanti al malato e una maggiore conoscenza sulle possibili e varie terapie

---

<sup>20</sup> Corte Costituzionale, sent. 19-26 Giugno 2002, n. 282 “Giudizio di legittimità costituzionale della Legge della Regione Marche 13 Novembre 2001 n.26”.

diagnostiche, riabilitative e palliative, maturando i propri convincimenti sulla base delle aspettative di vita.

La sent 338/2003 riprende simili tematiche e problematiche, ribadendo che il confine tra terapie ammesse e non ammesse è una determinazione che rientra tra i principi fondamentali della materia, per tale motivo necessiterebbe di una disciplina unitaria e settoriale, venendo in gioco nella tutela di questi anche il principio di uguaglianza.

La decisione interessata fonda quindi la sua censura sulla base del fatto che il consenso informato in quanto “espressione di una consapevole adesione” e “diritto della persona” e in quanto sintesi di due principi fondamentali che ripetiamo essere quello all’autodeterminazione e alla salute, è un “principio fondamentale” nella materia concorrente della tutela della salute e quindi sottratto alla competenza legislativa delle regioni.

Un altro aspetto ad argomentazione della decisione della Corte riguarda i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati), l’intervento teso ad identificare tali soggetti rientra sull’istituto della rappresentanza, rientrante nella materia dell’ordinamento civile di competenza esclusiva statale.

Anche in tal caso, la Regione ha eluso la competenza legislativa esclusiva dello stato.

## ***2.6 RAGIONAMENTO DEI GIUDICI ORDINARI SULLA FISIONOMIA DEL CONSENSO INFORMATO***

Possiamo notare come la Corte Costituzionale, nonostante la mancanza di una apposita disciplina del consenso informato da parte del legislatore statale, abbia potuto soffermarsi sull’istituto, e abbia potuto prendere la propria decisione

tenendo in considerazione talune pronunce di legittimità e di merito precedenti ad essa, che hanno cercato di fissare quelli che sono i principi al riguardo.

Le precedenti sentenze, si sono espresse sul consenso informato partendo da un'interpretazione evolutiva degli articoli 2, 13 e 32 della Carta Fondamentale, poi richiamati dalla Corte stessa nella decisione.

A quali precedenti sentenze ci riferiamo?

- Si fa riferimento a una pronuncia del Tribunale di Genova del 10 Gennaio 2006 (riguardante un caso di intervento alla mano che aveva prodotto un invalidità permanente del 15% e dove viene in rilievo la mancata informazione al paziente in ordine alle conseguenze dell'operazione ed è così venuto meno il principio di autodeterminazione del paziente.)
- alla ormai nota sentenza della Corte di Cassazione sul “ caso Englaro”
- e alla sentenza del tribunale di Roma del 23 Luglio 2007, che si è pronunciata sul “caso Welby”

La sentenza del Tribunale di Genova, che a sua volta richiama il “caso Massimo”<sup>21</sup> della Corte d'Assise di Firenze, ha portato avanti l'impostazione confermata dalla Suprema Corte, che considera il consenso informato come una sorta di “causa di giustificazione” senza la quale la condotta del medico risulterebbe una condotta antigiuridica.

Secondo la corte d'Assise di Firenze, l'attività medico-chirurgica, deve svolgersi nel rispetto di taluni principi fondamentali per evitare che sfoci nell'illecito per la lesioni di taluni beni fondamentali dell'individuo quali il diritto alla salute,

---

<sup>21</sup> Corte D'Assise di Firenze 18 Ottobre 1990, il cd “Caso Massimo”

all'integrità fisica, trasformandosi così in aberrazione, violenza, sopruso.

Tali beni trovano garanzia nell'art 13 della Costituzione che tratta della "libertà personale", il diritto alla salute a non subire trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Il medico non può fare nulla senza il consenso del paziente o contro il volere di lui.

La Corte di Firenze segnala il libero consenso a cui ogni regola in tema di trattamento terapeutico deve soggiacere.

"Soltanto il consenso, manifestazione della volontà di disporre del proprio corpo può escludere l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo".

La Corte di appello di Genova aderisce a tale impostazione, il consenso al trattamento medico elimina l'illiceità penale ad un comportamento che incide sull'integrità fisica e sulla stessa vita del paziente.

La decisione oltre ad invocare gli art 13 e 32 della Costituzione, richiama anche l'art 2 della stessa, dimostrando così di aderire alla tesi del "catalogo aperto" dei diritti fondamentali facendoci rientrare il consenso informato.

Nella sentenza 438 del 2008 però non si aderisce a questa tesi, ma ad una tesi intermedia che considera l'art 2 non come un "catalogo aperto" dei diritti fondamentali, quanto come "una clausola interpretativa generale, che quindi vale per tutte le disposizioni sui diritti.

Viene anche richiamato l'art 3 della Carta di Nizza, che tratta del diritto all'integrità della persona, con il quale si cerca di valorizzare il rapporto di strumentalità tra l'informazione e la tutela della dignità e della autodeterminazione del malato, che è una persona e non un oggetto di sperimentazione.

Anche nel “caso Englaro”, in cui il tema centrale è appunto quello di trovare un bilanciamento tra l'autodeterminazione della persona e il diritto alla vita, viene ripresa questa prospettiva, in tal caso il consenso informato viene visto come legittimazione al trattamento sanitario, una pratica che rappresenta il rispetto per la libertà della persona, un mezzo per perseguire i suoi migliori interessi.

### **3. ALTRE PROBLEMATICHE RELATIVE A TRATTAMENTI SANITARI SU MINORI**

#### ***3.1 EUTANASIA E CONSENSO INFORMATO GENERALE E NEL CASO PARTICOLARE DEL SOGGETTO MINORENNE***

Abbiamo in parte già visto quelle che sono le problematiche giuridiche in relazione al diritto all'integrità fisica di cui all'art 5 del c.c., tra cui quelle legate ai trattamenti medici terapeutici, al preventivo consenso del paziente, e quindi la problematica relativa al consenso informato, e quelle relative all'eutanasia e al testamento biologico.

Il punto cruciale su cui già in precedenza ci siamo soffermati è che, nessun trattamento terapeutico che vada ad incidere sul diritto all'integrità fisica del paziente può essere praticato dal medico se non, ai sensi dell'art 32 Cost., per preservare un interesse alla salute della collettività e in qualunque caso entro i limiti imposti dalla legge.

La necessità del consenso informato in Italia trova riferimento nella citata Legge n.145 del 28 Marzo 2001 legge di ratifica alla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina, approvata dal Consiglio D'Europa il 4 Aprile 1997.

Riportiamo nuovamente l'art 5 della Convenzione, in tema di Consenso informato: "qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informale. Questa persona riceve un'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze e ai suoi rischi."

Senza dubbio tali principi sul consenso informato potranno applicarsi soltanto se il soggetto al momento del ricovero o

comunque al momento dell'intervento medico, sia capace di intendere e di volere, nel caso in cui non sia così e il medico ritiene che il trattamento possa produrre effetti positivi nel paziente, allora si può ricorrere al consenso presunto.

Nel caso del paziente minore come abbiamo visto, l'informazione deve essere eseguita nei confronti degli esercenti la potestà.

Per quanto riguarda il testamento biologico, di cui abbiamo parlato in riferimento al principio di autodeterminazione, è un argomento strettamente connesso al consenso informato, si tratta di una dichiarazione preventiva con la quale l'individuo dà le proprie indicazioni in merito ai trattamenti cui intende essere sottoposto nel caso in cui, a causa di una malattia gravissima, non sia più in grado di fornire il proprio consenso informato.

L'art 9 della Convenzione di Oviedo conferisce dignità giuridica a tale istituto, esso infatti stabilisce che: "saranno prese in considerazione le volontà espresse precedentemente in relazione all'intervento medico dal paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimerle".

A tale argomento si ricollega anche un altro importante istituto che è quello dell'eutanasia, di cui conosciamo tre forme, le quali, riassumendo brevemente sono: la forma pura, la quale consiste in un trattamento antidolorifico che aiuta il paziente a morire, la forma passiva, che si risolve nell'astensione da qualsiasi trattamento terapeutico ed infine l'eutanasia attiva che invece consiste nell'aiutare il paziente a morire.<sup>22</sup>

Nel nostro paese, nessuno può giustificare l'eutanasia attiva; il giudizio sull'eutanasia eteronoma attiva deve essere unanimemente e inequivocabilmente negativo.

---

<sup>22</sup> <http://www.previdenza-professionisti.it/idarticolo=1184>



Il Consenso informato non vale per l'eutanasia attiva, il Codice di Deontologia Medica, in relazione all'assistenza dei malati terminali detta: "il medico, anche su richiesta del malato non deve effettuare né favorire trattamenti diretti a provocarne la morte".

Il Codice si propone di ribadire in maniera estremamente sintetica, senza alcun possibile equivoco, il divieto per il medico di effettuare o favorire trattamenti diretti a provocare la morte del malato anche in presenza di un consenso informato.

Anche nel caso della eutanasia passiva, si deve rimanere fedeli al consenso informato, in quanto anche questa forma di eutanasia può portare alla disumanità e all'abuso.

Le prime due forme di eutanasia sono considerate legittime dalla Giurisprudenza, la forma passiva, può essere praticata in ambito ospedaliero solo nei casi di morte cerebrale.

Devono comunque essere interpellati i parenti dell'interessato; è necessaria inoltre la presenza e il permesso scritto del primario, del medico curante e di un medico legale.

Nel caso in cui vi siano pareri discordanti tra medici e parenti la decisione spetta al giudice.

La forma attiva, viene considerata istigazione o aiuto al suicidio o omicidio del consenziente e quindi assolutamente illegittima.

Il codice penale sanziona tale reato con la reclusione da 6 a 15 anni.

Sono però molte e divergenti, le opinioni sull'eutanasia attiva autonoma voluta dal paziente con intervento del medico, ma i dubbi contro la legalizzazione sono tanti.

Si potrebbero creare ripercussioni sul rapporto medico-paziente ed inoltre, all'autonomia del paziente, si viene a

contrapporre quella del medico; non si può pretendere dal medico l'atto di uccisione su volontà e desiderio del paziente.

Ad oggi si convive con una molteplicità di convinzioni religiose e orientamenti etici, tutti molto diversi tra loro, per tal motivo ciò che è necessario è ricercare un consenso etico minimo e la sua tutela giuridica attraverso la o le leggi, altrimenti il paziente dovrà conoscere l'orientamento etico del medico che lo sta curando o delle struttura ospedaliera di competenza.

Questa è la situazione nel nostro paese, a livello internazionale il panorama normativo si presenta molto variegato.

In Olanda e in Belgio ci sono state innovazioni anche per quanto riguarda la disciplina dell'eutanasia infantile di cui ora parleremo.

Il discorso fino ad ora affrontato riguarda certamente i pazienti in età adulta o comunque che abbiamo raggiunto la maggior età, ma cosa succede, qualora il paziente sia un soggetto minore?

Abbiamo annotato in precedenza le varie regole dettate dal codice civile che espongono quelli che sono i soggetti legittimati a decidere di fronte ad un soggetto minorenni, anche per quanto riguarda le decisioni in ambito sanitario e quindi in riferimento al consenso informato applicato su soggetto minorenne, essendo l'eutanasia, un argomento strettamente legato ad esso mi sembra opportuno vedere quali sono stati e quali sono gli atteggiamenti, le opinioni e le idee riguardanti l'eutanasia applicata al soggetto di età inferiore ai diciotto anni.

Si parla di "eutanasia infantile", appunto riferita a bambini, pratica attualmente illegale in qualsiasi stato del mondo, in quanto se posta in essere equivale a reato di infanticidio.

Recentemente proprio nei Paesi Bassi, il primo paese al mondo dove è stata legalizzata l'eutanasia, è sorto un dibattito sulla questione della legittimità o meno del comportamento che determina la morte di un neonato che si trova in determinate condizioni.

Nei confronti di un minore l'eutanasia potrebbe essere solo di una forma, cioè quella attiva, la messa a termine di un soggetto, tramite l'intervento e la responsabilità del medico.

Sono invece escluse le altre forme, in quanto l'eutanasia passiva è logicamente esclusa dalla definizione del concetto e il suicidio assistito è impossibile, in quanto i soggetti non sarebbero in grado di compierlo.

L'eutanasia infantile riguarda soggetti che a causa dell'età, non sono consenzienti, o meglio, pur essendo senzienti non hanno ancora raggiunto quella maturità tale da poter esprimere un proprio pieno consenso.

### **3.1.1 LA LEGGE DEL BELGIO CHE APPROVA L'EUTANASIA AI MINORI**

L'eutanasia per i bambini non è più un tabù in Belgio.

Questo è ciò che un articolo del "Il Fatto Quotidiano" riporta in data 13 Febbraio 2014.

Per la prima volta al mondo un paese accetta il principio che anche un ragazzino senza limiti di età, possa chiedere di morire per porre fine alle sue sofferenze.

La Camera dei deputati il 13 Febbraio del 2014 ha dato definitivamente il via libera alla modifica della legge del 28 maggio 2002 che legalizza l'eutanasia per gli adulti estendendola ai minori.

In Olanda l'eutanasia per i minori era già ammessa ma con un limite di età, a partire dai 12 anni compiuti.

In Belgio si ritiene necessario accertare che sussistano talune condizioni affinché tale legge possa essere applicata, la malattia infatti deve essere in fase terminale, comportare sofferenze fisiche non alleviabili, inoltre per valutare la capacità di giudizio del ragazzino, e quindi capire se egli in un certo senso sa quale decisione sta prendendo e sa cosa significa morire, viene richiesta la competenza di uno psicologo esterno all'equipe medica curante.

Devono essere gli stessi bambini a chiedere l'eutanasia, con l'accordo dei genitori.

Il Belgio è un paese in cui circa millecinquecento persone all'anno ricorrono all'eutanasia, per tal motivo è stato anche proposto di costruire degli appositi centri specializzati per la dolce morte, così viene chiamata l'eutanasia.

Tramite un recente sondaggio è scaturito che l'opinione pubblica si è dimostrata favorevole alla revisione della legge.

Il dibattito era iniziato alla fine del 2012, il 27 Novembre 2013 è arrivato il primo sì dal Senato, con una maggioranza di quasi due terzi: per la precisione 86 sì, 44 no e 12 astenuti.

L'articolo in questione riporta anche un fatto accaduto durante la votazione elettronica, quando dalla tribuna del pubblico, qualcuno ha gridato tre volte "assassini", è calato il silenzio in aula e la Camera ha accolto la lettura ufficiale dell'esito.

Nonostante l'opposizione della Chiesa Cattolica, che si pone contro quella che lei ritiene essere la conseguenza della revisione della legge cioè la "banalizzazione della dolce morte" la maggior parte della popolazione è favorevole a questa legge.

Ripetiamo quelli che sono i presupposti che la legge belga ha previsto per poter estendere la pratica dell'eutanasia anche ai bambini.

**CONDIZIONI RESTRITTIVE DELLA LEGGE:** Tale legge non può essere applicata a tutti i minori senza distinzioni, il minore può chiedere l'eutanasia solo se è cosciente e solo e soltanto in caso di malattia grave ed incurabile, in fase terminale, costretto ogni giorno ad una sofferenza costante e insopportabile che non può in alcun modo essere alleviata.

Si richiede inoltre anche il consenso di entrambi i genitori e l'approvazione di uno psicologo e di uno psichiatra esterno.

Il dolore psicologico che può ritenersi una motivazione di fronte ad un soggetto adulto che chiede di poter ricorrere all'eutanasia, non è invece preso in considerazione se si tratta di bambini o ragazzi.

La legge viene giustificata in tal senso, in quanto non deve e non può essere generalizzata come molti hanno e stanno facendo.

Nonostante ciò sono molti i motivi che inducono a pensare che ciò che la legge contiene non sia assolutamente giusto.

Un primo elemento di assurdità della nuova legge risiede nel fatto che l'eutanasia debba essere richiesta dal bambino stesso, a condizione che entrambi i genitori siano d'accordo ed è vero che, è stata riconosciuta ai bambini una certa maturità durante la fase terminale di una malattia, ma è altrettanto vero che risulta difficile ritenere che un bambino prenda tale sua decisione nella piena consapevolezza.

Si suppone che la legge non venga applicata a bambini molto piccoli, anche se leggendo il testo della legge vediamo che esso non contiene alcun limite di età, ma comunque risulta

alquanto strano che a degli adolescenti ai quali vengono vietate diverse cose a causa della loro età venga invece concesso di decidere della propria morte.

Molti si sono dichiarati favorevoli a questa legge in quanto vedono in essa un'estensione delle libertà individuali, ma sono state tante anche le obiezioni e le opinioni dissenzienti tra cui abbiamo già accennato alla Chiesa Cattolica (così come si pensi ai maggiori rappresentanti delle comunità ebraiche e musulmane), ma la principale obiezione riguarda l'idea di Stato evidente nella legge.

Lo Stato deve già occuparsi di un'infinità di ambiti della nostra esistenza, in questo caso, il passaggio tra la vita e la morte di un bambino malato in fase terminale, si ritiene giusto sia lasciato alla sollecitudine dei genitori e alle cure dei medici che dispongono dei metodi per poter alleviare o evitare la percezione del dolore e l'accanimento terapeutico.

L'approvazione di questa nuova legge da parte del Belgio è stata la risposta alla domanda che i senatori si sono posti, che è stata: "Nel momento in cui un minorenne si trova in una condizione di malattia terminale che lo porta solo a soffrire in maniera continuativa, meglio lasciare interrompere la vita o imporre ai bambini, ai genitori e medici un dolore insopportabile?"

il Parlamento italiano, non ha risposto al contrario del Belgio, e non solo non ha risposto, ma ha deciso di girare la testa dall'altra parte, lasciando che ogni scelta venga presa in un contesto di sofferenza sia per quanto riguarda il testamento biologico sia per l'eutanasia, anche per quanto riguarda le persone maggiorenni.

### ***3.2 CONSENSO INFORMATO ALLE TRASFUSIONI DI SANGUE E IL PARTICOLARE CASO DEL DISSENSO DA PARTE DEI TESTIMONI DI GEOVA***

Disposizioni sul consenso informato in materia di emotrasfusioni, sono contenute nell'art 4 del D.M. 1/9/1995 del Ministero della sanità emanato per disciplinare la Costituzione e i compiti dei comitati per il buon uso del sangue: “.. ai pazienti ...deve essere richiesto il consenso informato alla trasfusione di sangue ed emocomponenti ed alla somministrazione di emoderivati. Il consenso è espresso mediante sottoscrizione di apposita dichiarazione conforme al testo allegato al presente decreto, da unire alla cartella clinica” Ottenere il consenso ad un intervento terapeutico, quale la emotrasfusione non consiste semplicemente nel far sottoscrivere al paziente (ai genitori o al tutore nel caso del minore) un modulo di carta prestampato: perché il consenso sia giuridicamente valido occorre che sia stato rilasciato a fronte di una adeguata informazione, il medico deve fornire chiare informazioni su quelle che sono le condizioni cliniche del paziente, sulle indicazioni e sulle caratteristiche dell'atto medico che si vorrebbe compiere, sui rischi ad esso connessi o che potrebbero derivare dalla sua mancata attuazione, usando un linguaggio adeguato al livello culturale e allo stato psicologico dell'interlocutore<sup>23</sup> “tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche”(art 33 del Codice di Deontologia Medica del 2006)

---

<sup>23</sup> <http://www.siaip.it/upload/202.pdf>

Si ricorda inoltre che il consenso ha la sola funzione di rendere lecito l'atto sanitario, ma non solleva in alcun modo il personale sanitario da eventuali responsabilità penali e civili da comportamento colposo.

Se il paziente è un minore, l'art 4 del D.M. 1/9/95 stabilisce che "il consenso deve essere rilasciato da entrambi i genitori".

Tale disposizione è in accordo con i moderni orientamenti della giurisprudenza e della bioetica.

La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina dichiara all'art 6 "Quando secondo la legge un minore non ha la capacità di dare il suo consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, dell'autorità o di una persona o un tutore designato dalla legge".

In caso di disaccordo tra i genitori, il consenso va richiesto al giudice tutelare.

Quando vi sia un pericolo imminente di vita, il medico può procedere a trasfusione di sangue anche senza consenso del paziente.

Devono essere indicate nella cartella clinica, in modo particolareggiato, le condizioni che determinano tale stato di necessità.

Nei casi che comportano trattamenti trasfusionali ripetuti, il consenso si presume formulato per tutta la durata della terapia, salvo esplicita revoca da parte del paziente.

L'obbligo è ribadito dall'art. 11 del DM 3 marzo 2005 "Il ricevente la trasfusione di sangue o di emocomponenti e/o la somministrazione di emoderivati, preventivamente informato che tali procedure possono non essere comunque esenti da rischio, è tenuto ad esprimere per iscritto il proprio consenso o dissenso."



Riprendendo in considerazione la Convenzione di Oviedo del 4 Aprile del 1997, adottata dall'ordinamento italiano con la legge 145, 28 Marzo 2001, ripetiamo ciò che viene dichiarato all'art 6: "Quando secondo la legge un minore non ha la capacità di dare il suo consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, dell'autorità o di una persona o un tutore designato dalla legge".

Nella pratica si possono presentare diverse situazioni, ad esempio il caso in cui un genitore non possa prestare il proprio consenso perché lontano o impossibilitato, o il caso di genitori divorziati.

Per tali casi si fa riferimento alle regole espresse dalle disposizioni del codice civile che abbiamo già in precedenza illustrato.

### **3.2.1 DISSENSO ALLE TRASFUSIONI**

Rispetto alla possibilità di esprimere un dissenso alle trasfusioni, vi è una diversità di orientamenti in giurisprudenza. Pinto Luciano in "Il Consenso Informato alla trasfusione di sangue ed emocomponenti ed alla somministrazione di emoderivati in neonatologia" ci dice che il fatto sta nel vedere se si considera o meno preminente la tutela alla vita, in tal caso si ritiene lecito superare anche il dissenso del paziente alla trasfusione, o la tutela della capacità di autodeterminazione del paziente maggiorenne, per cui in riferimento a tale diritto non sussiste un obbligo di cura da parte del medico qualora venga espresso un dissenso libero e consapevole.

Questo tema è stato affrontato anche in riferimento ai pazienti Testimoni di Geova, in tal caso il sanitario, è tenuto a rispettare la volontà consapevole del paziente che in questo caso, rifiuta la trasfusione per motivi religiosi.

I Testimoni di Geova sono noti per il rifiuto delle trasfusioni di sangue anche quando è a rischio la loro vita, per una questione più religiosa che medica, nel corso degli anni però i vertici geovisti si sono astenuti dal sanzionare Testimoni di Geova che accettavano frazioni plasmatiche.

Con l'edizione del 2000 di "La Torre di Guardia"<sup>24</sup> il geovismo mostra la conferma che i Testimoni di Geova, rifiutano le trasfusioni sia di sangue intero che delle sue componenti principale (leucociti, piastrine e plasma) e annunciano espressamente il fatto che non saranno più sanzionati coloro che accetteranno "frazioni di uno qualsiasi dei componenti principali".

Persiste invece il divieto di accettare le emotrasfusioni.

Ma cosa succede quando ad essere interessato all'intervento è un paziente minorenne, contro la volontà dei genitori che( anche nel caso in cui fossero Testimoni di Geova) ne sono contrari?

Ci sono talune regole da rispettare derivanti dal D.M. del 1/9/1995 del Ministero della Sanità, in cui all'art 4 ritiene si debba richiedere il consenso al giudice tutelare, questo nel caso in cui vi siano opinioni discordanti dei genitori sulla possibilità di trasfondere il figlio, altrimenti laddove entrambi i genitori e anche il tutore siano contrari all'intervento e rifiutano di sottoporre il minore al trattamento proposto se si tratta di un'urgenza relativa e non si versa in stato di necessità è fatto

---

<sup>24</sup> La Torre di Guardia è una rivista religiosa edita e pubblicata dai Testimoni di Geova attraverso la Società Torre di Guardia a New York e negli uffici decentrati di alcune filiali nel mondo.

obbligo al medico di ricorrere all'Autorità Giudiziaria, informandola sul dissenso dei genitori all'intervento e delle eventuali ragioni che invece lo rendono necessario così da poter ottenere l'autorizzazione.

Nel caso in cui ci si trovi in stato di necessità, sempre l'art 4 del D.M. 1/9/1995 stabilisce che "quando vi sia un pericolo imminente di vita, il medico può procedere a trasfusione anche senza consenso del paziente".

Nel caso in cui si parli di stato di necessità ai sensi dell'art 54 del C.P. e quindi quando il paziente si trova in reale e attuale pericolo di vita, che può essere constatato in maniera obbiettiva e dimostrabile e i tempi sono talmente ristretti da non poter preventivamente sentire l'Autorità Giudiziaria, il medico ha l'obbligo, non solo la possibilità, di porre in essere l'intervento anche senza il consenso del paziente.

Il decreto ministeriale sembra quindi autorizzare il medico a procedere a trasfusione necessaria per salvare un paziente in pericolo di vita anche in caso di mancato consenso o di dissenso espressamente manifestato.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione, la n. 4211 del 23/02/2007, ha negato il risarcimento del danno richiesto da un paziente Testimone di Geova al medico che lo aveva sottoposto ad una trasfusione di sangue nonostante il suo parere contrario.

La Suprema Corte, ha affermato la legittimità del comportamento del medico, il quale si ritiene abbia agito "nel ragionevole convincimento che il primitivo rifiuto del paziente non fosse più valido ed operante", sottolineando come il problema da risolvere non fosse "il valore assoluto di un dissenso pronunciato in virtù di un determinato credo ideologico e religioso", ma "la correttezza della motivazione

con cui il giudice trentino” – la Corte di Appello di Trento, che aveva negato il risarcimento – “ha ritenuto che il dissenso originario, con una valutazione altamente probabilistica, non dovesse più considerarsi operante in un momento successivo, davanti ad un quadro clinico fortemente mutato e con imminente pericolo di vita e senza la possibilità di un ulteriore interpello del paziente ormai anestetizzato”.

In base all’art. 37 del Codice Deontologico il medico, “in caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, ... è tenuto a informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili”.

### **3.2.2 LA GIURISPRUDENZA ORDINARIA**

La giurisprudenza si è più volte pronunciata in ordine al rifiuto da parte di testimoni di Geova di trasfusioni di sangue, rifiuto ripeto, motivato, da convinzioni religiose.

Tale comportamento non è mai stato oggetto di censura: il diritto a rifiutare le cure, anche quando da esso possa derivare la morte, indipendentemente dalle condizioni religiose o non sottese, è infatti riconosciuto come direttamente discendente dal diritto alla salute e all'autodeterminazione nella scelta terapeutica tutelato dall’art. 32 Cost.

Le varie decisioni si sono per lo più incentrate sui requisiti che il dissenso deve avere per essere considerato valido:

secondo la Cassazione, III sez. civ., 15 settembre 2008 n. 23676, in tema di “rifiuto alle cure”, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di

intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata ex ante ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato ex post, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure (Nella specie la Suprema Corte ha ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso in un caso in cui era risultato da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente, testimone di Geova, al momento del ricovero, in condizioni di incoscienza, che recava l'indicazione "niente sangue", appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omesso trattamento).

Pertanto il paziente che intende far constatare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, nel caso in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale ha l'onere di conferire al terzo una procedura ad hoc nelle forme di legge, o manifestare la propria volontà mediante una dichiarazione scritta puntuale ed inequivoca nella quale affermi di voler rifiutare le cure anche qualora si trovasse in fin di vita.

Nello stesso senso si pone la sentenza già citata n. 4211 del 23 Febbraio 2007 della Terza Sezione della Corte di Cassazione, in tema di "Rifiuto delle trasfusioni ad opera del testimone di Geova" che ha ritenuto che, pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo, non può escludersi che il medico, di fronte ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel concorso di circostanze

impeditive della verifica effettiva della persistenza di tale dissenso, possa ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente.

Nel caso concreto, un testimone di Geova traumatizzato aveva rifiutato all'atto del ricovero in ospedale, eventuali trasfusioni di sangue, ma i medici, stante l'aggravamento delle sue condizioni, rivelatosi nel corso dell'intervento chirurgico, essendo il paziente anestetizzato e mancando la possibilità di interpellare altri soggetti legittimati in sua vece, hanno ugualmente praticato una trasfusione indispensabile per salvargli la vita, ritenendo altamente probabile che l'originario rifiuto non fosse più valido.

La giurisprudenza di merito più recente appare invece orientata a riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di trasfusione posta in essere nonostante il dissenso espresso dal Testimone di Geova.

Si cita in tale senso la sentenza del Tribunale di Firenze, II sez.civ., 2 dicembre 2008, la quale ha riconosciuto come il comportamento del sanitario abbia violato la deliberazione cosciente e volontaria della Testimone di Geova, cioè il diritto alla sua autodeterminazione nel non consentire il trattamento salva-vita della trasfusione di sangue fondato sul proprio convincimento religioso tutelato dalla stessa Costituzione e che costituisce un limite invalicabile di rispetto della persona umana.

In tal caso inoltre il dissenso alle terapie era stato espresso in maniera scritta e in piena coscienza delle conseguenze a seguito di approfondite e complete informazioni fornite dai medici.

Un ulteriore esempio di sentenza riguardo tale argomento si ha con la sentenza della Corte di Appello di Cagliari sez.civ., 16 Gennaio 2009 ha raccolto il ricorso di un testimone di Geova contro il decreto del Giudice tutelare che, pur nominando un amministratore di sostegno, non lo aveva autorizzato a rifiutare la trasfusione di sangue per conto del beneficiario in caso di perdita di coscienza.

Secondo la Corte di appello, “il consenso dato in condizioni di piena capacità non perde valore qualora sopraggiunga un successivo stato di incapacità del soggetto e solo per questo: l’obiezione sulla perdita eventuale della capacità naturale, ove accolta, finirebbe con l’incidere negativamente sulla libertà dell’individuo: il fatto che la persona non abbia più la possibilità di revocare l’atto non è un motivo per disconoscerle a posteriori la libertà che ha manifestato compiendo l’atto.

In ordine al requisito dell’attualità del consenso, questa corte aderisce all’interpretazione della dottrina che ha sottolineato come la ragione del rifiuto della terapia trasfusionale collegato all’adesione ad una determinata religione (come in questo caso), è ragione che di per sé stessa comporta la permanenza nel tempo della volontà, che è espressione dell’osservanza incondizionata dei principi imposti dal credo di appartenenza”.

### **3.2.3 CASI GIURISPRUDENZIALI RIGUARDANTI PAZIENTI MINORENNI CON GENITORI TESTIMONI DI GEOVA.**

La situazione si presenta molto diversa quando il paziente interessato alla trasfusione è un minore ed i genitori in virtù delle loro convinzioni religiose, rifiutano di prestare il proprio consenso.

Il tal caso prevale l’interesse del minore e per tal motivo in caso di urgenza i medici possono intervenire sulla base dello

stato di necessità; negli altri casi, deve essere richiesta all'autorità giudiziaria l'autorizzazione a praticare le cure necessarie. Il rifiuto di sottoporre il minore a trasfusione può altresì portare alla pronuncia di **decadenza o di sospensione della potestà parentale** ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ.

Al riguardo cito il caso di Debora, una bambina di 14 mesi, ricoverata all'ospedale di Pescara, la quale era stata salvata nell'occasione, solo per l'intervento del magistrato che aveva ordinato la trasfusione nonostante l'opposizione della madre.

Un ulteriore caso giudiziario, (Cass.pen., 13 dicembre 1983), caso risolto nell'arresto, è quello in cui è stata annullata con rinvio la sentenza dei giudici di appello, che aveva confermato la condanna a titolo di concorso in omicidio volontario di due genitori Testimoni di Geova rifiutatasi di far sottoporre a periodiche trasfusioni di sangue la loro bambina affetta da talassemia, non impedendone così la morte, per vizio di motivazione in ordine alla ritenuta del dolo omicidiario, posto che l'esistenza del dolo eventuale consistente nell'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento letale avrebbe dovuto essere accertato tenendo conto del fatto che il tribunale per i minorenni aveva emesso dei provvedimenti per risolvere il problema dell'assistenza terapeutica della minore<sup>25</sup>. Nella fattispecie esaminata dalla Corte, non viene in rilievo un minore rappresentato dal genitore, ma un adulto dotato di piena capacità di agire e di autodeterminazione in ordine al trattamento terapeutico.

La Terza Sezione si pone, dunque, il problema di accertare, se il rifiuto al trattamento trasfusionale, esternato dal paziente Testimoni di Geova al momento del ricovero, potesse ritenersi

---

<sup>25</sup><http://www.altalex.com/documents/news/2007/05/16/rifiuto-delle-trasfusioni-ad-opera-del-testimone-di-geova>



operante anche al momento in cui le trasfusioni si resero necessarie, presupposto indefettibile per escludere una illiceità ab origine dell'intervento medico.

La Corte decidendo la questione ritiene che la motivazione dell'impugnata sentenza non sia censurabile in forza del fatto che nel momento in cui le trasfusioni si rendano necessarie a scongiurare il pericolo di vita del paziente, il sanitario che le effettui, seppur a conoscenza del rifiuto da parte del paziente stesso, pone in essere un comportamento scriminato ex art 54 c.p. che esclude la sussistenza di un qualsiasi danno risarcibile.

Questo è ciò che si deve risolvere, la correttezza della motivazione con cui il giudice ha ritenuto che il dissenso originario, non dovesse più considerarsi operante in un momento successivo, con un quadro clinico fortemente mutato, con pericolo di vita e senza più la possibilità di sentire il paziente ormai anestetizzato.

La Corte quindi si sofferma sulla validità di un dissenso, in un momento di incoscienza del paziente allorché la sua vita può essere compromessa.

### ***3.3 IL CONSENSO INFORMATO NEI TRAPIANTI***

Il consenso informato in materia di trapianti è uno degli aspetti più articolati e complessi della materia del consenso informato, è stato soggetto negli anni a progressive revisioni, cosa che si pone alla base del rallentamento dell'attività di donazione e trapianto che si è registrata in Italia rispetto ad altri paesi sia europei come la Spagna, sia statunitensi.

La legislazione attuale in materia di trapianto è costituita dalla legge del 1 Aprile 1999 n.91 di cui cito quelle che sono le principali disposizioni:

- Le attività di trapianto di organi e di tessuti ed il coordinamento delle stesse costituiscono obiettivi del Servizio sanitario nazionale. Il procedimento per l'esecuzione dei trapianti è disciplinato secondo modalità tali da assicurare il rispetto dei criteri di trasparenza e di pari opportunità tra i cittadini, prevedendo criteri di accesso alle liste di attesa determinati da parametri clinici e immunologici.
- Il Ministro della Sanità, d'intesa con i Ministri della pubblica istruzione e dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, sentito il Centro Nazionale per i Trapianti di cui all'art 8, in collaborazione con gli enti locali, le scuole, le associazioni di volontariato e quelle di interesse collettivo, le società scientifiche, le aziende unità sanitarie locali, i medici di medicina generale e le strutture sanitarie pubbliche e private, promuove, nel rispetto di una libera e consapevole scelta, iniziative di informazione dirette tra i cittadini.

### **3.3.1 DICHIARAZIONE DI VOLONTA' IN ORDINE ALLA DONAZIONE**

Il prelievo di organi e tessuti successivamente alla dichiarazione di morte è consentito:

- a) nel caso in cui dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'art 7 ovvero dai dati registrati sui

documenti sanitari personali risulti che il soggetto stesso abbia espresso in vita dichiarazione di volontà favorevole al prelievo;

- b) qualora dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'art 7 risulti che il soggetto sia stato informato ai sensi del decreto del Ministro della sanità di cui all'art 5, comma 1, e non abbia espresso alcuna volontà.

Sinteticamente possiamo quindi dire che il prelievo di organi può essere fatto nei soggetti di cui sia accertato lo stato di morte cerebrale e che abbiamo o espresso un parere favorevole documentato mentre erano in vita, alla donazione ed in questo caso non ci si può opporre, o su soggetti che non si siano espressi in merito né positivamente né negativamente ove però i familiari prossimi diano il consenso al prelievo.

Nel caso in cui il soggetto abbia invece espresso una documentata volontà negativa alla donazione il prelievo di organi non può avvenire.

Contrariamente a quanto l'opinione pubblica spesso ritiene, la legge del "silenzio-assenso" non è ancora in vigore ed è oggetto di dibattito in ambito legislativo, se una persona non ha manifestato in vita né un documentato parere negativo sulla possibilità di donare gli organi, né un parere positivo, la richiesta di consenso deve essere presentata ai familiari prossimi.

### **3.3.2 CONSENSO NEL TRAPIANTO DA VIVENTE**

Per quanto riguarda il trapianto su persona vivente citiamo la legge del 26 Giugno 1967 n.458 la quale tratta della regolamentazione giuridica del trapianto di rene da vivente.

Tale regolamentazione è stata effettuata in deroga all'art 5 del Codice Civile che vieta ogni atto di disposizione del proprio corpo qualora ne possa derivare un danno biologico permanente.

L'art 1 della normativa recita: In deroga al divieto dell'art 5 del Codice Civile, è ammesso disporre del rene a titolo gratuito al fine del trapianto tra persone viventi.

La deroga è consentita ai genitori, figli, fratelli germani e non germani del paziente purché siano rispettate le modalità previste dalla presente legge.

Solo nel caso in cui il paziente non abbia consanguinei e nessuno sia disponibile la deroga può essere consentita anche per altri parenti o per donatori estranei.

Il trapianto da donatore vivente in Italia si è diffuso "in ritardo" rispetto a quello da donatore cadavere.

Il principale ostacolo alla donazione in riferimento al trapianto da donatore cadavere era l'accertamento di morte.

Per lungo tempo infatti vi è stata confusione e dibattito sul concetto di coma e morte cerebrale, con il timore che il prelievo d'organo venisse effettuato su soggetti realmente viventi ma non in grado di esprimere un consenso.

La donazione da vivente ha invece avuto come principale ostacolo la difficoltà nell'accertare la reale libertà e gratuità della donazione, per paura che essa venga svolta con finalità di lucro.

### 3.3.3 DONAZIONE SAMARITANA

È cronaca recente la volontà espressa da tre cittadini, due in Lombardia, uno in Piemonte, di donare un proprio rene secondo la modalità “samaritana” a beneficio di estranei, inizia così anche in Italia, la possibilità di porre in essere una donazione da vivente, al di fuori di relazioni familiari o affettive, riservata fino ad oggi solo a circostanze particolari, residuali.

Per donazione samaritana, si intende infatti la donazione di un rene a beneficio di sconosciuti, il donatore offre l'organo alla collettività e non ad uno specifico ricevente e senza alcuna remunerazione o contraccambio.

L'organo reso disponibile dal samaritano viene trapiantato ad un ricevente in lista di attesa, scelto secondo criteri predeterminati<sup>26</sup>.

La donazione dell'organo avviene in strutture ospedaliere ritenute idonee a norma di legge e le precauzioni da eseguire sono le stesse delle donazioni da vivente.

La legge vigente sul trapianto di rene tra persone viventi, la n.458/1967 riconosce la liceità di tale atto solidaristico solo nei casi di indisponibilità o inidoneità di consanguinei del destinatario.

Il Consiglio Superiore di Sanità, interpellato il Comitato Nazionale di Bioetica nel 2010 ha avallato la donazione altruistica subordinandola a dei precisi vincoli, prevedendo che l'attuazione di tale tipo di donazione debba essere conforme ai principi di libertà (volontarietà), riservatezza (anonimato) e sicurezza per donatore e ricevente.

---

<sup>26</sup><http://www.trapianti.salute.gov.it/cnt/cntPrimoPianoDett.jsp?area=cnt-generale&menu=menuPrincipale&id=230>

La medesima offerta di un rene a beneficio di uno sconosciuto è stata richiesta anche da un detenuto e non possiamo non notare la singolarità del caso in quanto esso ci porterebbe a fare un'ulteriore riflessione bioetica: ci viene da porsi la domanda: “ se la libertà costituisce presupposto fondamentale per la donazione, è possibile ritrovare tale requisito in un soggetto in stato restrittivo?

La donazione samaritana dunque già riconosciuta sul piano normativo dal diritto vigente, si presenta come un'opportunità per risolvere o alleviare le problematiche inerenti alla pratica del trapianto, problematiche relative anche alla scarsità di organi.

In Italia la prima donazione samaritana è avvenuta il 9 Aprile 2015, si tratta quindi di un evento molto recente.

Una donna a titolo gratuito e senza alcun interesse ha innescato una catena di trapianti che ha portato sei persone ad avere un'opportunità di vita.

Si parla della prima catena di trapianti incrociati di rene da vivente in modalità cross-over<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il consenso da parte del donatore deve essere dato solo successivamente ad una esauriente informazione su quelli che sono i rischi fisici e psichici che il gesto implica.

Il processo di formazione del consenso informato in ambito trapiantologico è molto complesso e determinante, per le implicazioni cliniche, legislative, etiche ed amministrative che comporta ed inoltre è un ambito in cui la legislazione in ambito di consenso informato viene rigorosamente rispettata perché si tratta di interventi che tendono ad un miglioramento della

---

<sup>27</sup><http://www.trapianti.salute.gov.it/cnt/cntPrimoPianoDett.jsp?area=cnt-generale&menu=menuPrincipale&id=230>

qualità della vita ed i pazienti per essere dichiarati idonei ed immessi in lista devono effettuare diversi accertamenti clinici spesso invasivi e rischiosi.

L'informazione di cui si parla anche in tal caso, non si limita alla firma del consenso informato, quest'ultima è l'atto conclusivo di un lungo processo di informazione e si rende necessaria non solo per le condizioni particolari e i rischi che sono proprio di questo tipo di interventi ma anche per rendere noti ai pazienti i rischi rappresentati da terapia immunosoppressiva a lungo termine e tutte le eventuali complicanze.

### **3.3.4 I SOGGETTI MINORENNI POSSONO ESSERE DONATORI?**

Com'è noto la legge italiana sul trapianto del rene del 26 Giugno 1967 n.458 ammette alla donazione solo i cittadini maggiorenni e capaci di intendere e di volere, non dice niente in riferimento alla possibilità di un eventuale intervento surrogatorio da parte dei genitori.

Una scelta legislativa molto rigida ma presa nell'esclusivo interesse del minore, per tutelare la sua salute e per non garantire altri interessi dello stesso quali possono essere la serenità familiare e non tenendo conto però delle conseguenze negative che la perdita di uno stretto congiunto può provocare al minore.

Sulla scelta del legislatore del 1967 sicuramente ha avuto peso anche il fatto che il principio personalistico non era ancora stato ben "metabolizzato" se così possiamo dire, a distanza di anni la dottrina ha elaborato dei pensieri e delle posizioni nuove, rivalutando l'art 2 del codice civile e

costruendo così una sorta di capacità in capo al soggetto minorenni in riferimento all'esercizio delle libertà fondamentali, fra cui rientra anche il caso di cui stiamo trattando, ponendoci così in una prospettiva che indichi a ritenere possibile per il futuro una innovazione legislativa che permetta per i minori d'età di acconsentire all'espianto di organi da vivente.

Per quanto riguarda la donazione samaritana nel caso dei minori di età, l'aspetto solidaristico previsto in tale tipo di donazione si ritiene non possa prevalere sull'interesse del minore a mantenere la propria integrità psicofisica.

Ad oggi, di fronte ad un soggetto minorenni sono i genitori a decidere se può essere donatore di organi, qualora uno di essi sia contrario il prelievo non può essere effettuato.

I minorenni non possono infatti essere iscritti come donatori di organi.

Prima dell'approvazione della legge 1 Aprile del 1999 n.91, ciò era possibile, ma dal 1999 l'A.I.D.O., l'associazione italiana dei donatori di organi, ha dovuto procedere ad una revisione dell'archivio ed eliminare i possibili donatori minorenni<sup>28</sup>.

In base al comma 3 dell'art 4 della Legge 1 Aprile del 1999 n.91 "Disposizioni in materia di prelievi e trapianti di organi e di tessuti" infatti leggiamo che: "Per i minori di età la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è manifestata dai genitori esercenti la potestà. In caso di non accordo tra i due genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione.

Non è consentita la manifestazione di volontà in ordine alla donazione di organi per i nati, per i soggetti non aventi la

---

<sup>28</sup> <http://www.aido.it/index.php?id=1&>



capacità di agire nonché per i minori affidati o ricoverati presso istituti di assistenza pubblici o privati”.

Anche per quanto riguarda la donazione di organi tessuti e cellule da donatore vivente, dobbiamo dire che nella maggior parte dei Paesi, è riservata ai soggetti che abbiano raggiunto la maggior età e che siano capaci di discernimento.

Soltanto in casi estremamente eccezionali e in determinate circostanze viene data una particolare tutela alle persone minorenni o addirittura incapaci di intendere e di volere attraverso la quale, è consentito donare, ma solo cellule e tessuti in grado di rigenerarsi.

Possiamo quindi rilevare che in linea di principio la donazione di organi da soggetti minorenni non dovrebbe essere contemplata, ma in realtà non è sempre così.

In un articolo pubblicato sullo “European Journal of Health Law” viene evidenziato quanto il problema della donazione di rene da soggetto minore sia, non solo attuale, ma anche molto dibattuto.

L'autore nell'articolo fa una serie di distinzioni tra i soggetti consapevoli e quelli non consapevoli e quindi tra coloro che hanno o meno la capacità di esprimere un consenso libero ed informato.

Lo stesso vale anche nel caso del trapianto di fegato, dove i casi di donatori minorenni è molto più praticato.

Capitaine et al. su Liver Transplantation riportano che in alcuni (rari) casi il prelievo di fegato da donatore vivente su soggetto minorenne ha rappresentato l'unica speranza di ricevere il trapianto.

Ciò ha portato gli autori a ritenere come tale situazione possa influenzare pesantemente la capacità decisionale del donatore minore anche a causa della mancanza di terapie alternative.

In un'analisi riportata su "Transplant International" gli autori riportano 39 documenti internazionali (linee guida, raccomandazioni, pareri di comitati etici, organizzazioni di trapianto e società scientifiche) sulla donazione di rene da vivente da parte di soggetti minorenni e fanno notare come l'argomento oltre ad essere molto dibattuto si presti a diverse interpretazioni e critiche.

Tra questi documenti 27 si attestano su una posizione assolutamente contraria alla donazione da parte di minori in quanto preoccupati riguardo la loro capacità decisionale.

Nei restanti 12 si riscontrano anche atteggiamenti favorevoli a questi tipo di donazione, seppur in casi eccezionale e con talune garanzie tra cui; la valutazione delle capacità decisionali del minore, l'assenso da parte dei genitori, e l'autorizzazione da parte di un organismo indipendente.

Tutto ciò per dire che la donazione di soggetto minorenne esiste e viene praticata, seppur in casi limitati<sup>29</sup>.

Per tal motivo si ritengono necessari adeguati controllo dei minori sottoposti a donazione e un approccio più critico e universale alla questione.

### ***3.4 LA QUESTIONE DELLE VACCINAZIONI OBBLIGATORIE DELLE PERSONE MINORI DI ETÀ'***

#### ***3.4. Vaccinazioni obbligatorie: quadro legislativo, sanzioni e giudizi rilevanti***

Nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, come è stato rilevato dalla Corte Costituzionale nei primi giudizi sulle richieste di

---

<sup>29</sup> <http://trapianti.net/news-letteratura/estendere-la-donazione-da-vivente-ai-minorenni-si-no-forse/>

esenzione, l'art 32 comma 2 della Costituzione, generalmente interpretato secondo il principio di volontarietà del trattamento sanitario, non è applicabile, visto che i soggetti eventualmente esentabili sono minori che non hanno ancora autonomia decisionale dal punto di vista legale.

Zuolo Federico nel saggio "L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale" riferisce che le vaccinazioni nella prima infanzia costituiscono ancora oggi, l'unico trattamento universale per tutti i nuovi nati, limitatamente a quattro delle tredici vaccinazioni offerte dal Servizio sanitario nazionale: e cioè quella contro la difterite, contro la poliomielite, contro il tetano, ed infine quella contro l'epatite B.

Ministero della Salute, Regioni e Asl poi raccomandano e offrono gratuitamente altre nove vaccinazioni, non obbligatorie e dunque in tutta Italia sempre rifiutabili.

La legge impositiva dell'obbligo vaccinale trova la sua ragion d'essere nella necessità di tutelare la salute pubblica dal diffondersi di malattie endemiche e pericolose; giuridicamente, l'obbligo si fonda sull'art 32 della Costituzione Italiana, che tutela il diritto alla salute del cittadino come interesse della collettività, a fronte del quale appare giustificabile anche comprimere l'autodeterminazione del singolo.

L'Attuale situazione epidemiologica italiana, così come ci viene presentata dal Ministero della Salute nel Piano Nazionale della Prevenzione Vaccinale 2012-2014 è ben diversa dal secolo scorso, poiché le infezioni per le quali sussiste l'obbligo vaccinale sono pressoché eliminate, si pensi alla Diffterite o alla Poliomielite.

Per quanto riguarda la richiesta di esenzione dall'obbligo vaccinale, essa non configura una relazione duale tra

istituzioni che emanano l'obbligo e il singolo richiedente portatore di un interesse contrastante, bensì ci troviamo di fronte ad una relazione triadica tra l'interesse pubblico, la potestà del genitore e l'interesse del bambino.

Inoltre l'interesse del bambino viene tutelato secondo un principio di beneficialità, secondo il quale l'interesse del bambino è ciò che contribuisce alla sua salute in base alle migliori conoscenze mediche e scientifiche a disposizione.

La legge che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale la n.833 del 1978, prevede dei trattamenti sanitari obbligatori per le persone che, affette da malattia mentale, possano arrecare rischio o danno ad altri ( art 34-35).

Nel caso dell'obbligatorietà vaccinale, l'obbligatorietà viene giustificata come dichiarato poco sopra, dalla salvaguardia della salute pubblica.

Inoltre una sentenza della Corte Costituzionale ribadisce che prima del movimento anti vaccinale i vaccini, non venivano considerati soprattutto dalle istituzioni come trattamenti sanitari invasivi dell'integrità psicofisica, quindi era pressoché impossibile ritenere ammissibili proprio il principio di volontarietà e la richiesta di esenzione.

Sempre Zuolo Federico nel suo saggio "L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale" dichiara che nel caso di rifiuto parentale di ottemperanza all'obbligo vaccinale, si faceva intervenire il tribunale dei minorenni che andando a limitare la potestà genitoriale per mancata tutela della salute del minore, andava poi talvolta ad autorizzare la procedura vaccinale.

Da qui sorge il discrimine tra obbligatorietà e coattività.

Taluni hanno ritenuto e ritengono tuttora che la normativa vaccinale da sempre in vigore non giustificasse salvo taluni

casi di emergenza, il ricorso alla vaccinazione coattiva ma, in realtà vi sono stati molti casi in cui sono state espletate diverse vaccinazioni coattive dopo l'indebolimento della potestà del genitore.

Ad oggi la situazione al riguardo è alquanto cambiata vediamo perché.

La domanda che ci viene da porsi è se le vaccinazioni pediatriche, devono essere obbligatorie o si possa garantire la libertà di scelta.

Ci troviamo di fronte ad un tema molto complesso, la difficoltà sta proprio nel fare in modo che tutte le vaccinazioni previste dal calendario vaccinale pediatrico siano garantite ad ogni bambino del nostro paese e allo stesso tempo vengano percepite dalle famiglie come un diritto anziché come un'imposizione.

Franco Barghini in "Etica delle vaccinazioni, consenso informato e superamento dell'obbligo vaccinale"<sup>30</sup> ritiene che passare da un sistema sanitario che sancisce l'obbligatorietà della vaccinazione a un sistema di condivisione delle finalità di salute pubblica rappresentato da una volontaria adesione alla pratica vaccinale, costituisce un obiettivo importante per il servizio sanitario di un Paese che individui nell'espressione consapevole del consenso la legittimazione sociale degli atti medici e che le radici etiche che stanno alla base dell'intervento vaccinale, le possiamo trovare in ambito scientifico, nella Costituzione Italiana, in pareri del Comitato nazionale di bioetica e in recenti sentenze della Corte Costituzionale.

---

<sup>30</sup> Barghini Franco, Osservatorio epidemiologico Asl 12 Viareggio, Regione Toscana "Etica delle vaccinazioni, consenso informato e superamento dell'obbligo vaccinale". <http://www.epicentro.iss.it/discussioni/vaccinazioni/barghini.asp>

La vaccinazione è un intervento di profilassi di alto profilo, ma per avere una reale realtà preventiva necessita di essere preceduta da una analisi, una certa attenzione su quelli che sono i rischi e i benefici legati all'uso del vaccino, sia per l'individuo in quanto singolo, sia per la collettività.

Giovanetti Franco in "Vaccinare: un diritto non un imposizione"<sup>31</sup> ritiene che garantire e organizzare i servizi vaccinali significa creare delle condizioni affinché possano:

- operare con le necessarie risorse
- avere operatori motivati e con una specifica formazione in campo vaccinale
- raggiungere le famiglie e comunicare efficacemente con i genitori
- garantire la sorveglianza delle coperture vaccinali
- garantire la sorveglianza degli eventi avversi.

Se queste cinque condizioni non sono e non vengono soddisfatte non si potrà mai parlare di un superamento dell'obbligo in quanto l'attività del Servizio si ritiene non possa limitarsi ad una mera convocazione, alla esecuzione e alla successiva registrazione nell'archivio.

Ciò di cui i cittadini hanno necessità è un grande bisogno di informazione, ormai giunti, al "tramonto" del modello paternalistico, che come abbiamo dichiarato in precedenza prevedeva una delega totale al medico, così come alle Autorità o allo Stato, in quanto ritenuti coloro che hanno le competenze, "coloro che sanno"

Il cittadino ad oggi non si affida più completamente al medico, vuole sapere, conoscere per poi riuscire a prendere la propria decisione in piena autonomia.

---

<sup>31</sup> Giovanetti Franco, Asl Alba e Bra, Regione Piemonte "Vaccinare: un diritto, non un'imposizione". <http://www.epicentro.iss.it/discussioni/vaccinazioni/obbligo.asp>

Possiamo intendere che quando i genitori si oppongono alle vaccinazioni, lo fanno più che altro per manifestare la propria libertà di scelta, sono pochi coloro che fanno questa scelta per una loro ideologia che li porta a prendere a priori tale decisione, si pensi ad esempio ai militanti delle associazioni antivaccinali, i quali sono comunque una minoranza, la maggior parte dei genitori che rifiuta di non voler sottoporre il proprio bambino al trattamento vaccinale non appartiene a questa categoria, con questi ultimi è possibile avere un confronto e fare in modo che possano cambiare idea e facciano vaccinare i propri figli.

Tale approccio consente di ottenere dei risultati positivi in conformità a taluni principi che sono: mantenere aperta la relazione con i genitori e contemporaneamente dar loro la libertà di scelta permette di evitare un irrigidimento delle posizioni di partenza, che avrebbe come risultato la scelta di non vaccinare attraverso il messaggio “il mio dovere è informarvi, affinché la vostra scelta sia consapevole, e non convincervi, poiché non sono né un venditore né un propagandista”, l’operatore sanitario si qualifica come un counsellor della famiglia, un tecnico che cerca di accompagnare i genitori nella scelta terapeutica migliore per il figlio, le sanzioni e la segnalazione al Tribunale dei minori rendono impossibile mettere in pratica i due punti precedenti, interrompono la relazione con i genitori e, infine, hanno come risultato la radicalizzazione delle posizioni e il rifiuto vaccinale. I movimenti antivaccinali conoscono bene queste dinamiche e traggono linfa dal contenzioso tra le Asl e i genitori “obiettori”: si potrebbe dire che sono le Asl stesse, mediante l’iter amministrativo previsto nei casi di inadempienza, a offrire alla “lobby anti vaccinale” (che si presenta piuttosto fragile sul

versante scientifico e culturale) i migliori argomenti per la propaganda contro le vaccinazioni.

La regione Piemonte ad esempio per limitare il rifiuto e giungere ad un rapporto diverso tra i genitori e l'istituzione sanitaria, a partire dal 2000 ha costruito, un approccio basato sull'informazione, che utilizza strumenti di counselling, affiancati da un documento informativo preparato ad hoc.

Successivamente si richiede il consenso o il rifiuto alla vaccinazione da parte dei genitori, acquisito dal responsabile del Servizio vaccinale dopo un ultimo colloquio con i genitori.

Rifiutare la vaccinazione per i propri figli, è un diritto dei genitori, che deve essere esercitato tramite l'Obiezione Attiva e il Dissenso Informato.

Nessuno può essere obbligato a subire le vaccinazioni facoltative, che possono in quanto facoltative essere rifiutate.

Tuttavia anche laddove vige l'obbligo, se un genitore si rifiuta di far vaccinare il proprio figlio, almeno in 5 regioni non viene sottoposto a sanzioni, in quanto sono state tolte le sanzioni amministrative come in Piemonte in Emilia Romagna, Friuli e la Toscana, mentre nella Regione Veneto è stato del tutto eliminato l'obbligo vaccinale e ciò però ed è importante dirlo, non ha modificato l'adesione degli utenti all'offerta gratuita e vaccinale del servizio sanitario regionale.

Sono quindi le singole Regioni che in forza di quanto le è stato devoluto in riferimento alle competenze in materia sanitaria, stanno contribuendo alla nascita di un sistema basato sulla adesione volontaria alla pratica vaccinale, riconoscendo il diritto del genitore all'autodeterminazione consapevole.

La Regione Toscana che ha mantenuto l'obbligo vaccinale con delibera della Giunta Regionale n.369 del 22 Giugno 2006 ha riconosciuto la piena legittimità dell'obiezione all'obbligo



vaccinale del genitore, regolamentando la procedura del Dissenso Informato.

In Toscana infatti i genitori hanno il diritto di rifiutare la vaccinazione anche per motivi di convincimento personale, e non è richiesto loro di fornire le ragioni sottese alla scelta del dissenso.

In capo al pediatra o al medico di famiglia gravano precisi obblighi di informazione sui rischi a cui il bambino non vaccinato può andare incontro.

Lo stato italiano di recente ha promulgato norme di tutela, in riferimento al tema delle vaccinazioni, oggetto di leggi e di interventi sempre più frequenti.

Sono state create norme per: 1) Indennizzo danni da vaccinazioni, 2) Segnalazioni di danni da vaccino sul sistema di Vaccinovigilanza o Farmacovigilanza, 3) Libera frequenza scolastica ai soggetti non vaccinati.

Nell'ultimo ventennio si è consolidata una diffusa procedura di rifiuto alla vaccinazione, consentita e inoltre tutelata dall'Ordinamento.

L'obiezione attiva, consente il rifiuto della prassi vaccinale obbligatoria, senza incorrere in un illecito, procedura molto importante di aspirazione etico-giuridica.

Per l'Obiezione Attiva è necessario:

- 1) Prendere posizione sulla prassi vaccinale formalmente con l'Asl a mezzo di raccomandata a/R
- 2) Presentarsi sempre ai colloqui convocati dall'Asl
- 3) Firmare il modello di Dissenso Informato senza alcuna modifica.

Non è invece consigliato nascondersi, ignorare le missive delle Asl, in quanto l'obiezione di coscienza nella forma dell'Obiezione Attiva, è un comportamento attivo sia dal punto

di vista etico che civico ed inoltre praticare l'Obiezione Attiva serve a far conoscere alle Asl la dimensione del dissenso nel territorio.

La procedura di Dissenso Informato, istituita dalla Conferenza di Oviedo del 4 aprile 1997, consiste nella partecipazione e adesione consapevole e formale dei cittadini europei alle procedure sanitarie che li riguardano.

Tale procedura non prevede alcun obbligo di forma, né di modulistica, prevede che l'adesione venga manifestata in maniera libera, personale e scientifica.

Una volontà non subordinabile, né coercibile o richiedibile mediante modulistica o prestampati preparati dalle Asl.

Secondo la normativa scaturita dalla Convenzione di Oviedo e la normativa italiana che l'ha percepita la procedura di Dissenso Informato tutela quella che è la partecipazione informata del paziente all'iter sanitario, non il rispetto della modulistica.

Si può comunque utilizzare anche il modulo ministeriale di comodo proposto dalle Asl, per far accettare meglio le eventuali aggiunte, ed evitare eventuali controversie.

Possiamo quindi dire che attualmente si sta andando sempre più verso un superamento dell'obbligo vaccinale, abbiamo visto che in talune regioni sono state tolte le sanzioni amministrative da applicarsi in caso di rifiuto dei genitori alla vaccinazione, e addirittura in Veneto è stato eliminato l'obbligo vaccinale.

Le segnalazioni al Tribunale dei Minori, che potevano comportare una limitazione della potestà genitoriale, sono ormai divenute rarissime, e sono ad oggi riservate ai soli casi in cui la mancata vaccinazione è frutto di trascuratezza e non di una scelta meditata.

Il ricorso ai giudici è stato sostituito come già abbiamo dichiarato in precedenza da colloqui in cui si cercano di capire le ragioni del rifiuto, al termine dei quali si fa firmare un modulo di “rifiuto informato”.

A livello Nazionale il rifiuto è stato depenalizzato (e la mancanza del certificato non impedisce di tornare a scuola), ma è solo in Veneto, con la Legge Regionale 7/2007 per ora ad aver messo in pratica già dal 2008, una vera e propria sospensione dell’obbligo vaccinale.

#### **3.4.1 SENTENZA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BARI CHE APRE LA STRADA AL SUPERAMENTO DELL’OBBLIGO VACCINALE**

Il 29 dicembre 2010, Il Tribunale dei minorenni di Bari, ha pronunciato un decreto di “non luogo a provvedere” per una coppia di genitori che ha rifiutato di sottoporre il figlio alle vaccinazioni obbligatorie.

Sentenza che di fatto apre la strada all’obiezione legale nella Regione Puglia.

La sentenza si presenta al quanto rivoluzionaria per il fatto che riconosce ai genitori, i quali erano ben a conoscenza delle tematiche relative alle vaccinazioni, la libertà di scelta.

Anche la Puglia ha i requisiti per deliberare il superamento dell’obbligo vaccinale.

Si ricorda che per legge le vaccinazioni non sono più coercibili, che da anni ormai è stato dato libero accesso ai bambini non vaccinati a tutte le comunità infantili, che il numero di genitori obiettori è in continuo aumento e, cosa ancora più determinante, non è più possibile negare o nascondere l'intero

universo dei bambini danneggiati "irrimediabilmente" dalle inoculazioni vaccinali.

### ***3.5 RU486 ALLE MINORENNI, SOLO CON IL SI DEI GENITORI***

Argomento di estrema attualità è quello che riguarda la pillola ru486, oggi al centro di discussioni e riflessioni da parte di medici e giuristi.

Tenere lontano la Ru486 dagli ospedali è una violazione dell'art 15 della legge 194, ma più in generale dell'intera legge 194.<sup>32</sup>

L'art 15 chiama le Regioni, d'intesa con le Università e le Ao, a promuovere l'aggiornamento del personale sanitario, sui problemi della procreazione cosciente e responsabile, sui metodi anticoncezionali, sul decorso della gravidanza, sul parto e sull'uso delle tecnologie più moderne e più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza, ed è inoltre in violazione dell'intera legge 194 in quanto contrasta con la piena realizzazione del diritto soggettivo all'interruzione volontaria della gravidanza che la Legge riconosce e disciplina.

Questo diritto potrebbe trovare diversi e seri condizionamenti tra le regioni tra Asl e Ao di una stessa Regione, anche se la prestazione rientra tra i livelli essenziali di assistenza del Ssn e per tal motivo la Costituzione ne richiede l'omogeneità di offerta su tutto il territorio nazionale.

---

<sup>32</sup> Sciandra Luisa, C.Salerno Nicola "I paradossi della Ru486: da pillola che non c'è ad attacco alla Legge 194". [www.ingenerere.it](http://www.ingenerere.it)

Inoltre non si deve sottovalutare il confronto con gli altri Paesi, soprattutto quelli Europei che sono più vicini a noi per quanto riguarda i principi del sistema giuridico.

Rispetto alla Comunità internazionale, le donne italiane rischiano una “diminutio” della loro sfera di diritto e libertà, quindi attraverso loro, tutti noi.

Ma vediamo adesso in che cosa consiste la pillola RU486.

Si tratta dell’aborto farmacologico, un’opzione non chirurgica per chi vuole interrompere la gravidanza nel rispetto della Legge 194 del 1978 sulla interruzione volontaria di gravidanza, di cui in precedenza abbiamo già in parte accennato.

La pillola Ru486, è il nome commerciale di un medicinale che serve appunto a dare alle donne la possibilità di interrompere la gravidanza senza ricorrere alla chirurgia, rispettando comunque la legge 194.

Il nome del farmaco è Mifeprostone della Exelgyne.

Dopo cinque anni di dure polemiche è arrivato in Italia, nel 2009, negli altri Paesi era già in uso da oltre 20 anni ed era già stato annoverato dall’Organizzazione Mondiale della Sanità tra i farmaci essenziali per la salute pubblica.

La molecola con la quale è possibile effettuare l’aborto farmacologico ha ottenuto l’autorizzazione dell’ Agenzia italiana per il farmaco ed è stata messa in commercio nelle strutture ospedaliere di tutto il Paese.

La decisione che ha autorizzato ciò ha anche posto a disposizione di Stato e Regioni le disposizioni per un corretto utilizzo del farmaco all’interno del servizio ospedaliero pubblico.

E così quasi in tutta Europa, una donna che decide di abortire alle prime settimane (entro la settima settimana) di gravidanza può decidere tra l’aborto farmacologico e quello chirurgico,

sempre, ripeto, nel rispetto della legge 194 vigente nel nostro Paese.

Tale pillola può essere somministrata solo in ambito ospedaliero e necessita del ricovero della paziente “dal momento dell’assunzione del farmaco, sino alla certezza dell’avvenuta interruzione della gravidanza ed escludendo che si verifichino successivi effetti teratogeni”.

Il Mifepristone agisce sul progesterone, un ormone che assicura il mantenimento della gravidanza per le sue diverse azioni sulle strutture uterine e ne va a bloccare l’azione.

Per aumentare l’efficacia della molecola serve però un’altra sostanza, la prostaglandina (misoprostol).

L’associazione mifepristone/misoprostol, rappresenta la modalità più diffusa per l’induzione dell’aborto, per tal motivo è stata inserita nell’elenco dei farmaci essenziali per la salute riproduttiva dell’Organizzazione Mondiale della Sanità già nel 2006.

Le attenzioni riguardo tale tema sono oggi rivolte maggiormente alla questione del ricovero e al consenso informato, soprattutto per quanto riguarda le donne straniere e le minorenni.

Si disincentivano le dimissioni anticipate, molte donne infatti dopo aver assunto il farmaco preferiscono firmare la lettera di dimissioni per poi far immediato ritorno a casa, ma la pillola è ritenuta sicura quanto l’aborto in forma tradizionale solo se viene data in regime di ricovero ospedaliero ordinario, questo anche per contrastare il ricorso al day hospital che poi nella pratica è la procedura più frequente.

Per quanto riguarda il consenso informato, esso assume una particolare importanza, un articolo del Corriere della Sera dal titolo “Ru486 alle minorenni solo con il sì dei genitori. No alle

dimissioni anticipate” riferisce che in tal caso il consenso informato non può essere ritenuto una mera formalità, la donna deve assumersi la responsabilità di restare in ospedale e non si tratta di un ricovero coatto, ma posto in essere nel suo interesse al fine di un maggior controllo da parte dei medici.

Si rende pertanto necessario ed essenziale il consenso informato, consenso pienamente informato, chiaro ed in equivoco avente la finalità di rendere la donna pienamente consapevole delle sue scelte e valutazioni.

Il medico deve fornire spiegazioni chiare per fare in modo che la donna sia pienamente consapevole dell'intera procedura farmacologica, su tutto ciò che vi è di possibile e di alternativo (quale vi è l'interruzione chirurgica della gravidanza) nonché in merito a tutti gli eventi avversi.

Per quanto riguarda le minorenni, hanno la possibilità di usufruire della ru486 solo e soltanto con l'autorizzazione di entrambi i genitori, in quanto si vuole evitare che ragazze giovanissime assumano tale farmaco con ordinanza del giudice all'insaputa dei genitori e che firmino le dimissioni anticipate andando incontro a eventuali rischi.

Facendo invece riferimento alla forma chirurgica dell'IVG si ritiene che le minori e le donne interdette debbano ricevere l'autorizzazione del tutore o del giudice tutelare.

La legge 194 del 78 all'art 12 al fine di tutelare situazioni particolarmente delicate prevede che: “...nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla

richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera.

Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza.

### **3.5.1 PROFILO DELLA CAPACITA' DELLA MINORE IN RELAZIONE ALL'INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA E ANALISI DELLA VOLONTA'**

L'art 12 della Legge 194 del 1978 già in precedenza citato, dispone che l'interruzione della gravidanza della donna minorenni debba essere assentita dal genitore esercente la patria potestà o dal tutore.

Nei primi novanta giorni di gravidanza, il medico di fiducia, il consultorio o la struttura socio sanitaria cui la minore si sia rivolta, laddove sussistano "seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela" ovvero queste non abbiano dato il proprio assenso o abbiano espresso pareri discordanti, elaborano una relazione ed un correlato parere per il giudice tutelare che "sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza.

Si tratta di uno dei casi rari in cui l'istituzione giudiziaria statale è chiamata a reagire sul procedimento di formazione della volontà della figlia minore attraverso un provvedimento di tipo



autorizzatorio, che ne “integra” la capacità, anche oltre la sfera funzionale della potestà genitoriale.

Tale disposizione è stata oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, nella parte in cui prescrive che i genitori della minore possano essere non sentiti, in ordine alla decisione dell'interruzione della gravidanza, non solo in caso di impedimento, ma anche per ragioni di inopportunità, nel caso quindi fattori soggettivi o determinate circostanze ne sconsiglino l'audizione.

A dubitare della legittimità della disposizione è stato il giudice tutelare del Tribunale ordinario di Siracusa, Principato Luigi in “La capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale: tassonomia della volontà nell'interruzione della gravidanza”<sup>33</sup> riporta e analizza il caso in questione.

La minore aveva manifestato la volontà che il padre, tradizionalista, non fosse consultato in merito alla sua scelta di interrompere la gravidanza, oggetto di richiesta di autorizzazione che il consultorio a cui la giovane si era rivolta aveva formulato, in ragione delle difficoltà economiche della famiglia e della immaturità della gestante.

Il giudice a quo, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento al diritto del genitore di essere informato e di esprimere il proprio avviso in ordine alla difficile decisione della figlia( art 29 e 30 della Cost.).

Il giudice remittente conosceva già i precedenti giudizi relativi ad analoga questione, i quali erano giudizi prima di infondatezza poi di inammissibilità, li riteneva però superabili in

---

<sup>33</sup> Principato Luigi “La Capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale: tassonomia della volontà nell'interruzione della gravidanza”, Giurisprudenza Costituzionale fasc.3, 2012, pag. 1798B.

ragione della evoluzione dei costumi sociali; la possibilità di escludere l'audizione dei genitori era stata data per uno scopo sotteso alla disposizione, evitare aborti clandestini.

Il giudice a quo ritiene tale ratio non è più attuale in quanto ad oggi è venuto meno il disvalore nei confronti delle gravidanze estranee ai rapporti familiari o interessanti donne minori di età.

La Corte costituzionale dichiara manifestamente infondata la questione.

Ciò che desta maggiore interesse nell'intera questione è il profilo della capacità della minore.

L'atto interruttivo della gravidanza è un atto dispositivo del corpo di una certa gravità, ciò comporta che pur reagendo sulla sfera personale e giuridica della minore gestante e sui soggetti esercenti la potestà o la tutela, la formazione della relativa volontà decisionale sia sottoposta ad una verifica sia sociale che giuridica.

Da un lato infatti abbiamo il medico curante, il consultorio familiare o la struttura sanitaria cui la minore si sia rivolta che sono chiamati ad una prima indagine, dall'altra è reso possibile l'intervento del giudice che "risponde ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale" atteso che la "decisione di interrompere la gravidanza è rimessa esclusivamente alla responsabilità della donna, anche se minore di età".

Al giudice è preclusa qualsiasi valutazione del contenuto della decisione della minore destinataria della "autorizzazione" questi, come anche il medico curante, il consultorio o la struttura socio sanitaria, restano del tutto estranei rispetto

all'oggetto della decisione, partecipano esclusivamente sotto il profilo formale - procedurale.

Una volontà "aliena", non necessita né rileva ai fini della decisione ma può assumere rilevanza giuridica esclusivamente sotto altro profilo, ossia con riguardo alla prova della coscienza della scelta.

L'ordinamento è chiamato a vigilare non sulla scelta in sé, bensì sulla consapevolezza che deve assisterla, tenendo in considerazione sia l'età della gestante sia l'insieme delle circostanze che su di essa possano reagire.

Il bene che viene tutelato dall'art 12 della legge 194 del 1978 in sostanza, è proprio la consapevole scelta di autodeterminazione della minore in ordine alla propria sfera fisica: non vi è alcuna etero formazione dell'atto dispositivo del corpo, ciò risulterebbe precluso dall'art 13 della Cost.

La Consulta ribadisce l'assoluta libertà della donna, seppur minore, in ordine alla scelta di interrompere o proseguire la gravidanza e l'ordinamento si preoccupa di garantire la consapevole formazione di tale volontà, allentando ogni pressione, psicologica o materiale che potrebbe condizionarla. Perché possa esservi manifestazione di volontà giuridicamente valida ed efficace, è necessario capire quale sia la capacità che l'ordinamento giudica necessaria e sufficiente affinché gli effetti dell'atto compiuto siano imputabili al soggetto agente.

L'interruzione o la prosecuzione della gravidanza è un atto materiale dispositivo del corpo, compiuto in esercizio di libertà personale, per il quale non è necessaria la capacità di agire e non è possibile il ricorso ad un legale rappresentante, sia esso genitore, tutore o procuratore generale o speciale.

Al fine del compimento di atti materiali quali quello in esame, rileva la sola capacità naturale ed essa si risolve nella capacità di intendere e di volere.

È stato sostenuto che “il principio della capacità delle persone senza limiti di età è la regola generale del diritto pubblico; resta peraltro salva l’effettiva capacità naturale: per grandi linee infatti può dirsi, che sui diritti di libertà l’età non spiega, di regola, alcuna influenza.

Nell’ipotesi in questione, la decisione diviene esercizio di libertà personale e diritto alla salute: l’interruzione della gravidanza non potrebbe mai essere eseguita in difetto di consenso della gestante, anche minore, purché capace di intendere e di volere, poiché altrimenti essa si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio, contrario alla Costituzione in quanto implicante un sacrificio lesivo della personalità umana, non sorretto da alcuna giustificazione in rapporto con l’esigenza di evitare un danno alla salute pubblica.

Per le stesse ragioni, la prosecuzione della gravidanza non può essere rimessa che alla volontà della madre, a prescindere dall’età, salva l’ipotesi di incapacità di intendere e di volere.

La libertà personale della minore si incontra con l’esercizio della funzione genitoriale, che viene costituzionalmente garantito dall’art 30 della Cost. non come “diritto soggettivo” bensì come “diritto e dovere” dei genitori.

Il diritto di educare, non si traduce nel potere di plasmare i figli secondo l’immagine che il genitore ritenga più opportuna o consona, ma si risolve nel dovere di assecondarne le naturali attitudini e compiere scelte tese alla migliore protezione della loro sfera materiale e giuridica, anche se queste dovessero

risultare in contrasto con desideri, aspirazioni o inclinazioni dei genitori.

Il bene protetto è l'interesse del figlio, al pieno sviluppo della propria personalità, in applicazione del c.d. favor minoris.

Si è sostenuto che un diritto soggettivo dei genitori all'educazione dei minori sussista "unicamente nei confronti dello Stato e dei terzi, per escludere la loro ingerenza nello svolgimento della funzione educativa ad essi affidata, ma che non sia configurabile in rapporto ai figli".

Quindi i genitori nell'esercizio della funzione che l'ordinamento imputa loro, non possono condizionare le scelte dei figli: ciò lo si coglie proprio nella sintesi dell'art 12 l'22 Maggio 1978 n.194, laddove il parere dei genitori da un lato è solo facoltativo e dall'altro è non vincolante, poiché laddove contrario non osta al compimento della scelta ma legittima il ricorso all'autorità giudiziaria.

Come dichiarato in precedenza in tal caso il parere dei genitori deve servire a consentire una maggiore consapevolezza della minore nel compiere una scelta molto dolorosa e complessa.

Quando l'intervento genitoriale tradisce tale finalità, esso diviene irrilevante sotto il profilo della formazione della volontà della gestante, ma addirittura deve e può essere evitato, poiché reagisce negativamente sulla formazione della personalità della figlia, anziché consentirne un libero e armonioso sviluppo.

Così come per i genitori lo stesso vale per il giudice, il quale è chiamato soltanto a verificare che la volontà della gestante, prescindendo dal contenuto, consista essa nell'interruzione o prosecuzione della gravidanza, si sia formata liberamente e scientemente.

Il provvedimento del giudice assume quindi una funzione di accertamento della sussistenza della capacità della minore di intendere la portata e la sostanza della decisione cui sia determinata e di volerne sopportare effettivamente ogni conseguenza.

## CONCLUSIONI

In tale elaborato ho esposto un argomento di estremo interesse nell'ambito del diritto sanitario, quale quello dell'istituto del consenso informato.

L'attività medico chirurgica, quale momento centrale della professione sanitaria, viene riconosciuta, regolata e tutelata dall'ordinamento, assolvendo ad una preminente funzione sociale nell'interesse del singolo e della collettività.

L'intervento è volto al miglioramento della salute del paziente o quantomeno al recupero di un grado di salute maggiore rispetto a quello presentato.

Un ruolo rilevante in tal senso va riconosciuto al consenso informato del paziente.

In base all'art 32 comma 2 della Costituzione, disposizione riconosciuta come la sede Costituzionale del consenso informato infatti, "Nessun trattamento sanitario può essere imposto se non per disposizione di legge".

Di regola quindi i trattamenti sanitari sono volontari, facendo eccezione nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori che invece vengono imposti a prescindere dal consenso del paziente.

Partendo da quelle che sono state le sue origini ho cercato di esporre quelli che sono i punti e principi fondamentali che ne stanno alla base.

Mi sono soffermata maggiormente sull'analisi dello stesso in riferimento al soggetto minorenne, la cui mancanza di capacità di agire, dovuta alla sua minore età, comporta una serie di problematiche peculiari.

In tal caso il consenso ai trattamenti sanitari deve essere richiesto ai genitori esercenti la potestà, o al tutore, o al rappresentante legale.

Ciò nonostante è necessario valutare quanto un'espressa volontà da parte del minore possa essere rilevante per poter o meno porre in essere un determinato trattamento sanitario, in quanto il paziente minore, nonostante la sua minore età, deve essere informato, deve essere ascoltato, deve partecipare alle decisioni che il medico assieme ai suoi genitori prenderà, in riferimento al suo stato di salute, decisioni che devono essere prese guardando al suo primario interesse.

Tutto questo è richiesto proprio in virtù del principio dell' "alleanza terapeutica" oggi ritenuta la forma ottimale di cura in ambito sanitario e il senso profondo del consenso informato. L'alleanza terapeutica oggi caratterizza il rapporto terapeutico tra medico e paziente e nel caso di paziente minore, tra medico, genitori e minore.

Un rapporto di collaborazione, dove "insieme" si prendono le decisioni migliori nell'interesse del paziente.

Si ritiene quindi ormai superato il concetto del paternalismo medico, una concezione etica che prescrive di agire o di omettere di agire per il bene di una persona senza che sia necessario il suo assenso, in quanto si ritiene che la persona che esercita la condotta paternalistica, in tal caso il medico, abbia la competenza tecnica necessaria per decidere in favore o per conto del beneficiario, in tal caso il paziente.

Nel trattare gli specifici trattamenti sanitari quali l'eutanasia, le trasfusioni di sangue, i trapianti, le vaccinazioni obbligatorie e l'interruzione volontaria della gravidanza ho cercato di porre maggiormente l'attenzione proprio sull'eventuale consenso o dissenso ai trattamenti stessi e ho provato a mettere in luce le



ulteriori problematiche che si presentano quando il paziente che si ha di fronte è un soggetto di età inferiore ai diciotto anni, valutando se e come tali soggetti possono sottoporsi a tali trattamenti.

Il consenso informato è senza dubbio uno dei temi più spinosi in tema di responsabilità medica, la maggior parte dei casi giurisprudenziali in materia di consenso informato infatti, trattano la validità del consenso stesso, ma soprattutto casi di responsabilità civile o penale del medico in caso di mancata informazione al paziente su eventuali rischi e conseguenze del trattamento sanitario, nel caso di paziente minore più frequenti sono i casi di contrasto tra la volontà del medico genitori e minore.

Il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, ad eccezione dei casi di trattamento sanitario obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità ed ha anche connotazioni religiose, etiche, culturali e filosofiche importanti.

## **RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI**

### ***VOLUMI CONSULTATI***

R. BALDUZZI G. CARPANI “Manuale di diritto sanitario” il Mulino, Bologna, 2013.

R. BALDUZZI D. PARIS “Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative”, 2009 in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

F. BARGHINI “Etica delle vaccinazioni, consenso informato e superamento dell’obbligo vaccinale”, Osservatorio epidemiologico Asl 12 Viareggio, Regione Toscana, in [www.epicentro.iss.it](http://www.epicentro.iss.it)

C. CASONATO “Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra il livello statale e quello regionale” in “Le Regioni” 2009.

F. GIOVANNETTI “Vaccinare: un diritto, non un’imposizione” Asl Alba e Bra, Regione Piemonte, in [www.epicentro.iss.it](http://www.epicentro.iss.it)

B. LELLI “Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni” nella Rubrica “Studi e commenti” di Consulta Online.

G. MARRA “Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso informato del paziente nell’attività medico-chirurgica”, in Cassazione Penale 2003,1950 ss.

G. MONTANARI VERGALLO "Il rapporto medico-paziente"  
Consenso e informazione tra libertà e responsabilità,  
Giuffrè, Milano 2010.

S. PANUNZIO "Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione"(a proposito delle vaccinazioni obbligatorie) in Diritto e società, 1979, 875-909.

L. PRINCIPATO "La capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale: tassonomia della volontà nell'interruzione della gravidanza" Giurisprudenza Costituzionale, fasc.3, 2012, pag.1798B.

G.U. RESCIGNO "Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art 32 della Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita" in Diritto pubblico 2008.

S. RODOTA', M. TALLACCHINI "Ambito e fonti del biodiritto"  
Giuffrè, Milano, 2008.

R. ROMBOLI "La libertà di disporre del proprio corpo, art 5"  
Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano, Zanichelli, Bologna/Il Foro Italiano Roma, 1988.

L. SCIANDRA, N.C. SALERNO "I paradossi della RU486: da pillola che non c'è ad attacco alla Legge 194?", su [www.ingenere.it](http://www.ingenere.it)

F. ZUOLO "L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale" Forum sul BioDiritto, Trento, 28 Maggio 2008.

### ***SITI CONSULTATI***

[www.altalex.com](http://www.altalex.com)

[www.wikipedia.it](http://www.wikipedia.it)

[www.acp.it](http://www.acp.it) (quaderni associazione pediatria 2013)

[www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

[www.giur.cost.com](http://www.giur.cost.com)

[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

[www.abcsalute.it](http://www.abcsalute.it)

[www.siaip.it](http://www.siaip.it)

[www.trapianti.salute.gov.it](http://www.trapianti.salute.gov.it)

[www.dottrina.it](http://www.dottrina.it)

[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

[www.ilfattoquotidiano.it](http://www.ilfattoquotidiano.it) “Eutanasia, il Belgio approva la

legge che la estende ai minori”, 13 Febbraio 2014.

[www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com) “Il Senato del Belgio approva la legge

che estende ai minori il diritto all’ eutanasia”, 12 Dicembre

2013.

[www.lastampa.it](http://www.lastampa.it) “Primo trapianto in Italia da donatore

samaritano”, 09 Aprile 2015.

[www.corriere.it](http://www.corriere.it) “Ru486 alle minori solo con il si dei genitori.

No alle dimissioni anticipate”, 24 Giugno 2010.

## ***LEGGI E SENTENZE***

Corte Costituzionale sent. 27 Marzo 1992,n.132.

L.22 Maggio 1978,n.194, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”.

DLgs.24 Giugno 2003, n.211 “Attuazione della direttiva 2001/20 CE relativa all’applicazione della buona pratica clinica nell’esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico”.

DPR. 9 Ottobre 1990, n.309 “Testo unico delle leggi in materia di disciplina di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza”.

Corte Costituzionale sent.23 Dicembre 2008,n.438 in tema di “tutela della salute”.

Regione Piemonte L.6 Novembre 2007,n.21 “Norme in materia di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti”.

Corte Costituzionale sent.14 Novembre 2003, n.338.

L.21 Ottobre 2005, n.219 “Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati”.

L.19 Febbraio 2004, n.40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

L.23 Dicembre 1978, n.833 “Istituzione del SSN”.

Cassazione Penale., SS.UU. sentenza, 21 Gennaio 2009, n.2437 “Responsabilità del medico, consenso del paziente, attività ulteriore, legittimità”.

Cassazione penale., sez.VI 11 Luglio 2001, n.1572 “Senza il consenso informato il trattamento medico-chirurgico è arbitrato con rilevanza penale”.

Cassazione penale., sez.I 11 Febbraio 2002, n. 26446 “in tema di rifiuto delle cure da parte del paziente”.

Cassazione Penale SS. 2003 n.1950.

Cassazione Civile sez unite., 11 Novembre 2008, n. 2672-2675 “Danno esistenziale categoria inammissibilità, danno non patrimoniale”.

Sent 29 Aprile 2002, cd: “Caso Pretty V. The United Kingdom”.

DdL del Senato 26 Marzo 2009 “Disposizioni in materia di alleanza terapeutica di consenso informato e dichiarazione anticipata di trattamento”.

Corte di Cassazione 2007, n.21748, cd: “Caso Englaro”.

Sentenza 22 Ottobre 1990, n.471 in tema di “tutela della salute”.

Tribunale di Genova sentenza 10 Gennaio 2006.

Tribunale di Roma 23 Luglio 2007, cd: "Caso Welby".

Corte D'Assise di Firenze 18 Ottobre 1990, cd: "Caso Massimo".

L. 21 Ottobre 2005, n.219 "Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati".

Cassazione civile, sez. III., 15 Settembre 2008 n. 23676.

Cassazione civile, sez.III, sentenza 23 Febbraio 2007 n.4211 in tema di "Rifiuto delle trasfusioni ad opera di Testimoni di Geova".

Tribunale di Firenze sez.civ.II., 2 Dicembre 2008.

Corte d'Appello di Cagliari sez.civ., 16 Gennaio 2009.

Cassazione Penale 13 Dicembre 1983.

Ministero della Salute D.M. 1 Settembre 1995.

L.1 Aprile 1999 "legislazione attuale in materia di trapianto".

L. 26 Giugno 1967 n.458 "Regolamentazione giuridica del trapianto di rene da vivente".







